

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

---

# Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat

DÉPENSES, FRAIS, ACCIDENTS, etc.

---

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 2 Juin 1932, à 14 heures

PAR

**Arthur HILSENRAD**

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

---

*Président :* M. DEMOGUE, Professeur

*Suffragants* { MM. ROUAST, Professeur  
MOREL, Professeur

---

PARIS

LES ÉDITIONS INTERNATIONALES

4 bis, Rue des Écoles

---

1932



THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

---

# Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat

DÉPENSES, FRAIS, ACCIDENTS, etc.

---

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 2 Juin 1932, à 14 heures

PAR

**Arthur HILSENRAD**

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris

---

*Président :* M. DEMOGUE, Professeur  
*Suffragants* { MM. ROUAST, Professeur  
MOREL, Professeur

---

PARIS

LES ÉDITIONS INTERNATIONALES

4 bis, Rue des Écoles

---

1932



A MES PARENTS



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41552827\\_0027](https://archive.org/details/IA41552827_0027)

## ABBREVIATIONS

|            |                                      |
|------------|--------------------------------------|
| Gaz. Pal.  | Recueil de la Gazette du Palais.     |
| Gaz. Trib. | Recueil de la Gazette des Tribunaux. |
| S.         | Recueil Sirey.                       |
| D. Hebd.   | Recueil Dalloz Hebdomadaire.         |
| D.         | Recueil Dalloz Périodique.           |



## INTRODUCTION

---

1° Le contrat est l'instrument juridique par excellence de la vie des affaires. Dans toutes les branches de l'activité économique nous rencontrons partout des contrats sous les noms les plus divers. La vie économique, image de l'interdépendance des individus, est formée par des accords, des ententes d'échange, de mise en commun, d'exploitation.

Le contrat, qu'on définit un accord de volontés, qui crée un lien d'obligation entre ceux qui l'ont voulu, a donc besoin d'un concours de volontés. Les parties au contrat consentent à ce que l'objet du contrat se réalise, ce consentement clairement exprimé marque le moment de la naissance du contrat définitif.

La grande importance juridique du consentement, la certitude que le consentement les oblige, détermine les parties à entourer leur consentement des plus grandes précautions, à réfléchir longuement avant de se prononcer. Cette réflexion portant le plus souvent sur l'intérêt qu'elles auraient à conclure l'affaire qui leur est proposée, oblige les parties à examiner en détail les propositions, à proposer des modifications, des conditions différentes. On appelle ces conversations qui précèdent ainsi

la conclusion du contrat — par l'émission du consentement définitif — la phase des pourparlers.

Les pourparlers ont pour but de préparer le consentement, de pousser les parties à la conclusion du contrat, on peut dire que les pourparlers occupent la plus grande place dans la préparation du contrat. La phase préparatoire du contrat est celle qui commence au moment où les parties se mettent en rapport, commencent leurs pourparlers, en vue de contracter et finit par la conclusion définitive du contrat. C'est dans cette phase préparatoire que se décide le sort du contrat ; la partie qui a proposé le contrat veut obtenir le consentement de l'autre, essaye de la persuader.

Cette période préparatoire est parfois très courte. Je rentre dans un magasin pour acheter un objet, le vendeur fera de son mieux pour me convaincre que l'objet qu'il possède me convient. Parfois au contraire elle est plus longue. Je veux acquérir une propriété, c'est une investition plus importante, je vais exiger de connaître tous les détails concernant l'immeuble proposé. Parfois enfin elle est longue et compliquée. Il s'agit d'un contrat important et complexe. On veut monter une grande affaire, une société d'exploitation d'un produit chimique par exemple, pour obtenir le consentement de tous ceux qui pourraient et voudraient participer, il faut faire des recherches, analyses, essais, etc.

Plus les intérêts économiques engagés dans une affaire sont considérables plus la prudence engagera les parties à prolonger la période préparatoire du contrat.

Le progrès de la technique, la grande étendue des affaires, la complexité de plus en plus grande des objets du commerce juridique ont fait apparaître à côté du pro-

blème important de l'exécution des contrats, un problème aussi important, celui de la préparation du contrat. Si le législateur a pourvu l'exécution des contrats d'une réglementation riche, il a négligé au contraire la préparation du contrat, qui à l'époque de la confection du Code civil n'avait pas beaucoup intéressé les Jurisconsultes. On en parle dans les lois étrangères récentes, le Code civil allemand, le Code fédéral suisse des obligations, par exemple. En France, la Jurisprudence et la doctrine sont parvenues en partie à combler cette lacune de la loi.

2° Cette période de la préparation du contrat fait penser à des problèmes juridiques très intéressants.

D'abord quand prend-elle fin ? A quel moment peut-on dire que le contrat est conclu, qu'on doit se conformer à la loi du contrat ? Ce problème très important surtout pour les contrats entre absents a donné lieu à beaucoup de discussions. Aujourd'hui encore à cause de la Jurisprudence différente de certains pays il donne lieu à des difficultés dans les relations commerciales internationales. L'ouvrage classique de M. *Valery* (1) expose la question d'une façon très intéressante, en nous montrant notamment quand on peut parler d'un consentement définitif, d'un accord de volontés définitif, d'un contrat définitivement conclu entre absents.

Une autre question, très importante celle-ci, se pose ensuite pour la période préparatoire. Le contrat ne peut pas être conclu. Une des parties, après avoir consenti à entrer en pourparlers se retire, ne veut plus participer au contrat. Elle n'use en apparence que de son droit, la

---

(1) J. VALERY. Des contrats par correspondance, Paris 1895.

liberté contractuelle. Est-ce qu'il n'y a pas de ce fait une obligation à sa charge ?

Enfin voilà notre contrat conclu, mais impossible d'arriver à son exécution, il est entaché d'un vice, vice qui a son origine dans la période de préparation, une des parties ayant plus ou moins soigneusement caché à l'autre soit son incapacité de contracter, soit l'illicéité de l'objet proposé. Le contrat ne peut pas avoir ses effets normaux — qui en est responsable ?

Ces deux problèmes, qui se rattachent à la préparation du contrat, dont la naissance a eu lieu dans la période précontractuelle ont soulevé eux aussi beaucoup de discussions. Depuis la fameuse « culpa in contrahendo » de *Ihering* (1) plusieurs ouvrages ont été consacrés à l'étude de cette question, je ne cite ici que les plus importants. Après celui de *Thon* (2) l'étude de *G. Faggella* (3) en a montré l'importance.

On est arrivé à parler d'une responsabilité spéciale, la responsabilité précontractuelle, responsabilité résultant des agissements des parties dans la période qui précède la conclusion du contrat, notion qu'on a voulu expliquer par différentes idées — nous reviendrons sur cette question. Un article de *Saleilles* (4) écrit à la suite de l'étude de *Faggella* met très bien en lumière l'intérêt pratique de la question. Une étude approfondie de la responsabilité précontractuelle a été entreprise par *M. Roubier* (5), étude où le fondement juridique et l'étendue de

(1) *IHERING* (R. v). Œuvres choisies, traduction O. de Meulenaire, tome II, p. 1, Paris 1893.

(2) *THON*. « Die Haftpflicht des Offenrenten bei Wiederruf seiner Offerte » dans « Archiv fuer die zivilistische Praxis » T. 80, p. 94 et ss.

(3) *GABRIELE FAGGELLA*. « Dei periodi precontractuali et della loro vera et esatta costruzione scientifica » dans *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Naples 1906, T. III, p. 271 et ss.

(4) *SALEILLES* (R). « Responsabilité précontractuelle » dans « *Revue Trimestrielle de Droit Civil* », 1907, p. 698 et ss.

(5) *ROUBIER*. « Etude sur la responsabilité précontractuelle » Thèse, Lyon 1911.

cette responsabilité sont très bien dégagés. Il montre notamment comment cette notion s'est formée, les différentes explications la concernant et des solutions intéressantes au point de vue du droit positif.

3° A côté de ces problèmes qui sont propres à la période préparatoire du contrat, il y a des questions d'intérêt tout à fait pratique qui naissent pendant la préparation du contrat.

Au cours de la préparation du contrat, au cours des pourparlers les parties sont souvent amenées à faire des dépenses d'argent ou travail dans l'espoir de la conclusion du contrat. Soit pour obtenir le consentement de l'autre partie, soit pour préparer l'exécution du contrat, soit pour se rendre compte de l'intérêt de l'affaire proposée, on engage parfois des frais considérables dans la préparation du contrat. Ce sont ou des essais, des plans, des dépenses de deniers comptants ou des voyages, expertises, etc. Parfois au cours de cette préparation il arrive des accidents, on cause des préjudices graves soit à la personne de son contractant, soit à des tiers. Deux exemples très simples montreront l'importance pratique de la question (1).

On veut faire une grande construction. On s'adresse à un entrepreneur en lui demandant d'établir des devis. L'entrepreneur est ainsi obligé à des dépenses de travail et d'argent, cela pour préparer le contrat qu'il espère obtenir.

Au cours d'un essai pour la vente d'une automobile une personne est blessée et ainsi un problème de réparation d'un dommage naît de la préparation d'un contrat.

---

(1) Au cours de la préparation d'un contrat, il peut y avoir des frais de réclame, dépenses de publicité, ces frais ne sont pas considérés comme dépenses de préparation proprement dites, comme nous le verrons un peu plus loin.

On pourrait multiplier ces exemples. mais c'est dans le corps de cette thèse qu'on en trouvera beaucoup de cas analogues. Ces questions donnent lieu à des difficultés pratiques assez considérables.

Si le contrat est finalement conclu les difficultés n'existent, pour ainsi dire, pas. Ce sont des frais que les contractants supporteront d'après la loi du contrat, ils s'arrangeront le mieux possible comme s'il agissait des frais de rédaction du contrat. L'entrepreneur fera rentrer les dépenses qu'il a eues avec ses plans, devis et essais dans le prix de l'ouvrage entier, l'architecte se fera payer de toute façon ses plans. Les essais et voyages en vue de la conclusion d'une société seront supportés par les associés, etc. Les difficultés commencent là. où toutes ces choses tendant à la conclusion du contrat n'ont pas été couronnées de succès. Le problème devient difficile si, malgré ces efforts, il n'y a pas eu de contrat. C'est alors que se pose la question à qui incombent finalement tous ces frais et le cas échéant la responsabilité pour les dommages causés ? La liberté contractuelle n'oblige pas les parties à conclure un contrat pour lequel elles sont entrées en pourparlers, mais cette liberté contractuelle ne saurait pas aller si loin, qu'on puisse prétendre que tous ces frais et responsabilités restent entièrement à la charge de la partie qui les a engagés. Cette question, à savoir à laquelle des parties, qui se sont mises en rapport pour contracter, incombe la charge définitive des frais et de la responsabilité si les pourparlers n'ont pas eu de résultat favorable est très importante. A l'heure actuelle, grâce aux progrès techniques, grâce aux procédés modernes du commerce, il n'y a presque pas de contrat un peu important qui ne donne pas lieu à des mesures de

préparation, les contractants prudents prévoient même souvent l'échec possible de leurs pourparlers et se mettent d'avance d'accord sur la solution de cette hypothèse, ce qui équivaut à une convention spéciale sur ce point et exclut les difficultés dont nous parlons.

4° C'est pour ces raisons d'ordre pratique que je me propose d'étudier dans cette étude les différentes questions qui peuvent naître au cours des « travaux préparatoires » d'un contrat. Le titre de l'étude « Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat » semble indiquer qu'il sera traité de la « responsabilité précontractuelle » en général, notamment de la rupture des pourparlers et de la responsabilité pour avoir causé la conclusion d'un contrat nul. Mais comme ces questions ont déjà été traitées il est inutile de le faire une fois de plus, d'ailleurs la question de la responsabilité pour rupture des pourparlers domine étroitement les questions pratiques qui forment le sujet de notre étude, nous serons obligés d'y revenir.

Cette étude me semble utile au point de vue pratique parce que ces questions n'ont pas été suffisamment traitées, les auteurs qui s'occupent de la responsabilité précontractuelle y parlent incidemment. Si des indications très utiles sont données dans le traité des obligations de M. Demogue (1) dans l'ouvrage de M. Roth (2), en dehors d'un article très court mais très intéressant de M. Fischbach (3) aucun ouvrage ne traite de l'ensemble de ces questions, que ce dernier auteur appelle des « actes juridiques préparatoires ».

---

(1) DEMOGUE (R). Traité des obligations, Paris 1923, Rousseau, éd., t. II, N° 553 quater.

(2) ROTH (H). « Der Vorvertrag » Bern 1928, p. 328 à 345.

(3) FISCHBACH. « Vorbereitende Rechtsverhältnisse » dans « Archiv fuer buergerlisches Recht », T. 41, Berlin 1915, p. 160 et ss.

5° Actes juridiques préparatoires en effet, ces actes tendant à faciliter la conclusion du contrat, se confondent très souvent avec des actes qui sont la suite de l'exécution du contrat, ou avec des actes plus rapprochés de la conclusion, les avant-contrats qui ont un régime juridique déterminé. Il faut donc d'abord montrer la portée exacte de la notion de rapport juridique préparatoire, nous commencerons la thèse avec la position du problème. Les différentes solutions qui ont été données par la Jurisprudence et la Doctrine aux cas d'espèce ne peuvent être comprises que lorsqu'on en connaît le fondement, c'est ici qu'intervient la notion de responsabilité précontractuelle dont nous ferons une étude rapide en rapport avec notre sujet.

Après ces considérations théoriques, nous aborderons l'étude des différentes questions pratiques qui se présentent au cours de la préparation des différentes catégories de contrats, montrant comment la Jurisprudence a laissé peser la charge des dépenses et de la responsabilité pour dommages causés, d'une façon plus ou moins équitable sur l'une ou l'autre des parties qui se sont mises en rapport pour contracter sans arriver au résultat espéré. Cette étude va occuper la deuxième partie de la thèse et nous y traiterons d'abord des questions concernant les dépenses et frais, ensuite celles que soulèvent les accidents ayant eu lieu au cours de la préparation des contrats.

Ainsi nous essayerons de présenter dans cette étude une vue d'ensemble plus ou moins unitaire de ces questions éparses, pourtant très intéressantes, dont chacune exige une solution spéciale, ce qui rendra aussi la conclusion très difficile.

## PREMIERE PARTIE

### ETUDE THEORIQUE

---

#### TITRE PREMIER

#### **Définition du rapport juridique préparatoire et position du problème**

§ 1. — *Les contrats et les différents frais qu'exige leur préparation.*

6° Au cours de la préparation d'un contrat, les parties sont souvent amenées à faire des dépenses ou à assumer des risques considérables. L'activité économique comporte toujours des risques. Celui qui veut gagner doit risquer, parfois ce risque n'est pas même couronné d'un gain extraordinaire, très souvent en effet le contrat en préparation n'est que l'instrument juridique de la vie professionnelle ou du métier de l'une des parties, tel le contrat de vente pour le commerçant, le contrat de travail pour l'ouvrier, l'employé, le fonctionnaire, etc. Les grandes entreprises industrielles, commerciales et bancaires ne peuvent pas se passer d'opérations financières importantes comme le contrat de prêt, de dépôt et d'assurance. Exploitant des objets d'une valeur énorme, elles recourent le plus souvent à la forme commode que leur fournit le contrat de société. Les contrats les plus différents se rencontrent aujour-

d'hui dans la sphère de l'activité économique du monde, qui devient de plus en plus importante et complexe. Les opérations les plus grandes donnant un maximum d'avantage avec moins de frais on a de plus en plus tendance à monter des opérations importantes, on rationalise. Nous assistons dans la vie économique à des phénomènes de concentration : la grande entreprise tend à remplacer la petite, la grande construction la maison de famille, plus les commandes de marchandises sont considérables, plus elles peuvent diminuer les frais généraux.

7° A côté du phénomène que nous observons, que les affaires se font sur une plus grande échelle, nous ne pouvons pas ignorer le progrès énorme des méthodes de publicité commerciale (1).

Dè la grande maison de commerce jusqu'à la plus petite boutique on engage des frais et dépenses importants pour des fins de publicité, frais qui semblent rapporter. La publicité ayant une influence considérable sur le grand public, elle devient l'instrument de toutes les branches d'activité qui y voient un excellent moyen d'attirer le grand public afin d'entrer en rapports avec lui, afin de contracter. Cette publicité exige parfois des travaux importants, un appareil entier de techniciens. Du commerce ordinaire à travers les établissements de finance et établissements techniques jusqu'aux professions libérales, on la rencontre toujours, la publicité semble aujourd'hui une nécessité. Les frais de publicité rentrent dans les frais généraux faits uniquement dans l'intérêt de la partie qui par cette voie propose le con-

---

(1) Sur la publicité voyez *Hémet*. — *Traité de la publicité*, Paris 1922, 2 vol.

trat (1), celle-ci ne pourra pas réclamer une indemnité de ce chef lorsque le contrat n'a pas lieu finalement. Nous verrons aussi que les frais poursuivant un but de publicité resteront toujours à la charge de la partie qui s'en est servie. S'il semble à premier abord que la publicité est faite comme un acte préparatoire au contrat, dont elle veut aider la conclusion, dès que nous regardons les choses d'un peu plus près nous voyons qu'elle ne s'applique pas à un contrat déterminé mais à tous les contrats que l'on veut conclure par la suite, donc qu'elle n'engage en rien l'autre partie au contrat, qui n'en profite nullement. Cependant il peut arriver que la partie qui a rompu les pourparlers profite directement de la publicité faite par l'autre, la Jurisprudence accorde alors à celle-ci une indemnité de ce chef, nous y reviendrons (2).

8° En dehors de la publicité, il y a aussi d'autres frais qui sont occasionnés par la préparation des contrats. Les entreprises de tout ordre veulent donner à leur clientèle possible toutes les indications utiles, leur soumettre immédiatement des plans et prospectus afin d'arriver le plus vite possible à la conclusion des contrats. Ceci exige parfois un appareil de recherche, des investigations considérables. Les sociétés financières qui s'occupent de la mise en circulation des actions des sociétés nouvelles, ou qui s'occupent même de leur création sont souvent obligées d'envoyer des spécialistes dans des pays éloignés pour étudier l'objet d'exploitation proposé. Les entrepreneurs des travaux de construction

---

(1) Il est curieux de constater que dans les adjudications la réclame sous le nom de frais est payée par l'acquéreur en vertu des stipulations des cahiers de charges.

(2) Paris 13 fév. 1883 (Gaz Palais — 1882-1883, 2,414, 2<sup>e</sup> partie). Voyez notre n° 102.

doivent parfois faire des études détaillées sur le terrain où ils croient pouvoir faire les constructions, ou en vue de pouvoir offrir leur travail dans des conditions très rapides, s'approvisionner d'avance d'un stock considérable de matériaux.

Mais ces dépenses et frais sont très rapprochés des dépenses publicitaires. En effet personne n'a demandé à tous ceux, qui ont ainsi eu des frais, de faire ces dépenses, on les a faites avant d'entrer en rapport avec les futurs co-contractants, c'est des investigations faites dans un but lucratif, on espère obtenir les commandes en faisant des conditions plus avantageuses, que les entreprises concurrentes. Tout le monde est d'accord pour refuser toute indemnité de ce chef, lorsque le contrat n'a pas lieu finalement cela doit rester entièrement à la charge de la partie qui s'est engagée dans la voie de ces dépenses coûteuses. Dans une hypothèse très spéciale cependant, dont nous reparlerons plus tard, la Jurisprudence a néanmoins accordé une indemnité du chef de ces dépenses parce qu'elles ont directement profité à la partie, qui s'est refusée de contracter (1).

§ 2. — *Les frais et actes préparatoires proprement dits.*

9°. Il faut distinguer ces hypothèses, des frais et dépenses engagés dans la période de la préparation du contrat, période qui commence avec les pourparlers, qui mettent les parties en rapport. C'est le cas par exemple d'un entrepreneur auquel vous vous adressez et qui espérant obtenir votre commande définitive confectionne des plans et devis spéciaux. Il a fait ainsi un acte qu'il n'aurait pas fait s'il n'était pas entré en rapport avec vous.

---

(1) Poitiers, 2 déc. 1907 (D. 1908, 2,332). Voyez notre n° 98.

D'ailleurs pendant ces actes préparatoires du contrat il peut arriver des accidents. Au cours d'un essai d'une chose dangereuse en vue d'un contrat de vente une des parties contractantes est blessée ou des tiers sont tués. On dépose un objet en vue d'un contrat et cet objet est détruit.

Avant d'aborder l'étude de la charge de ces dépenses et responsabilités, il faut se faire une idée précise des actes et rapports préparatoires tendant à la conclusion d'un contrat, chose qui nous sera plus facile maintenant, que nous avons éliminé *a priori* les dépenses qui naissent avant tout rapport entre les parties.

10° Dans l'article que nous avons indiqué dans l'introduction, *Fischbach* (1) nous parle de ces choses. Il dit qu'il arrive lors de la conclusion d'un contrat, que les parties fassent précéder cette conclusion de beaucoup d'actes, qui n'ont qu'une nature préparatoire, mais qui peuvent néanmoins produire un certain effet juridique. Il appelle l'ensemble des questions de ce genre qui commencent du moment où les parties se mettent en rapport pour contracter des « rapports juridiques préparatoires ». Comme exemple d'un cas pareil il nous cite une espèce qui a été jugée par le Tribunal d'Empire (2), qui peut se présenter souvent et être jugée d'après les mêmes règles, car nulle part il n'existe des dispositions législatives sur ce sujet.

Une femme entre dans un magasin de tapis en demandant qu'on lui fasse voir du linoléum. Le vendeur lui montre plusieurs tapis de ce genre, veut en chercher d'autres et pose les tapis que la cliente a déjà vus, à

---

(1) FISCHBACH. *Op. cit.*, p. 160 et 161.

(2) Tribunal d'Empire 7 déc. 1911 (*Reichsgerichts-Entscheidungen*, tome 78 (ziv., p. 239).

côté d'elle. Mais ce tas de tapis tombe sur la cliente et elle est blessée. Elle peut d'abord agir en indemnité du chef de la responsabilité délictuelle, mais ceci l'obligerait à montrer la faute du patron d'après l'article 164 C. civ. allemand, qui la met dans une situation difficile. Aussi a-t-elle prétendu qu'elle n'a pas de preuve à faire, son accident étant le résultat d'un acte de préparation d'un contrat, le patron du magasin étant responsable du chef de la responsabilité contractuelle (art. 278 C. civ. all.). Le Tribunal d'Empire a donné gain de cause à cette thèse de responsabilité contractuelle sur la base d'un rapport juridique préparatoire en donnant les motifs suivants : le vendeur représentant le défendeur est entré en pourparlers avec la demanderesse, pourparlers devant faciliter la conclusion d'une vente. La demanderesse a désiré voir des tapis de linoléum pour en acheter, le vendeur a répondu à ce désir en lui montrant sa marchandise. Il n'y avait nullement ici un acte purement gracieux, mais un accord de volonté sérieux, en vue d'arriver au résultat d'une vente, donc un but juridique. De là naît un rapport préparatoire qui oblige les parties comme le contrat lui-même, d'observer les plus grandes précautions, notamment à veiller à ce que la présentation de la marchandise ne cause aucun préjudice à l'acheteur éventuel. Sans insister sur l'application de la notion de responsabilité contractuelle par le Tribunal d'Empire, la Jurisprudence française pourrait arriver aujourd'hui au même résultat en appliquant l'art. 1384, ce qu'il faut souligner dans cet arrêt, c'est qu'il dégage une notion juridique assez intéressante en qualifiant un fait, l'accident qui est arrivé, comme acte générateur d'un rapport préparatoire. Il insiste sur le fait qu'il

s'agissait d'un cas sérieux, où les parties avaient réellement l'intention de conclure le contrat. Evidemment c'est une question de fait restant à l'appréciation du juge, que de discerner cette volonté sérieuse de contracter du cas du visiteur qui se fait montrer des différentes marchandises par pure curiosité. Ce qu'il faut donc pour qu'on puisse qualifier un acte de rapport préparatoire engendrant une responsabilité au cours des pourparlers pour la conclusion d'un contrat, c'est la volonté sérieuse des parties de conclure ce contrat. Le même auteur nous cite en continuant un exemple analogue. Chez un marchand de ferraille se présente une personne qui veut acheter des vieilles pièces de cuivre jaune. Le vendeur trouve une caisse avec des vieilles pièces d'obus, entre autres un chargeur hors d'usage. Convaincu que ces pièces déchargées ne sont nullement dangereuse le futur acheteur veut les examiner de plus près, dès qu'il touche ce chargeur hors d'usage celui-ci qui par un hasard malheureux n'était pas complètement déchargé le blessa grièvement à la main en explosant. Voilà un cas d'acte préparatoire d'une vente, pour se rendre acheteur, on veut examiner l'objet, à l'occasion de cet examen préalable, on est victime d'un accident.

Nous ne voulons pas insister ici sur la solution à donner, car nous nous occuperons de cela dans la deuxième partie de la thèse, ces cas nous les citons comme exemples.

*Fischbach* (1) considère ces faits et accidents comme des rapports préparatoires ; les accidents sont le résultat de la préparation d'un contrat, ils engendrent une responsabilité sur la base du contrat quoiqu'il ne soit pas encore conclu. Ce qui importe pour cet auteur, c'est que

---

(1) FISCHBACH. *Op. cit.*, p. 161.

l'acte soit fait en vue d'arriver à la conclusion du contrat. La présentation de la marchandise, pour en réaliser la vente est un cas de ce genre car les parties se sont déjà mises en rapport pour contracter. Un cas analogue précise la pensée de l'auteur. La même personne — comme dans le premier exemple — désireuse d'acheter des tapis se rend dans un grand magasin et traverse plusieurs rayons avant d'arriver au rayon des tapis. En passant par le rayon des objets ménagers, un objet lourd tombe de son étalage et la personne est blessée. Peut-on parler ici de rapport préparatoire ? Evidemment non, car les parties — la personne blessée et le propriétaire du magasin — ne se sont pas encore engagées dans la voie du contrat, chose indispensable pour que l'on puisse parler d'un pareil rapport.

§ 3. — *Les rapports préparatoires et l'avant-contrat.*

11° Pour frapper mieux l'esprit du lecteur, Fischbach a choisi la plupart de ses exemples dans le domaine des accidents qui peuvent avoir lieu au cours de la préparation d'un contrat, mais on peut appliquer ses idées à des cas où la question posée ne résulte pas nécessairement d'un accident, où ce rapport trouve sa cause dans des actes positifs d'une partie, des travaux et dépenses, c'est pour cette raison, que l'auteur cité veut opposer ces rapports à un autre rapport précontractuel, l'avant-contrat. En effet il y a une ressemblance assez grande entre ces simples rapports préparatoires qui naissent au cours de la préparation d'un contrat et ce rapport déjà avancé qui s'appelle avant-contrat, qui somme toute n'est rien d'autre qu'un acte préparatoire du contrat, d'une nature

spéciale. Ceci nous oblige à quelques explications sommaires sur l'avant-contrat.

L'avant-contrat est un acte, qui prépare le contrat jusqu'à sa dernière phase, c'est déjà un accord de volonté complet, accord des parties sur la conclusion du contrat (1). Pour une cause quelconque une des parties ne peut ou ne veut pas encore conclure le contrat, elle se réserve le droit de donner son consentement au contrat, l'autre partie s'engage à attendre ce consentement, c'est donc un contrat où il manque le consentement d'une partie. M. *Leduc* (2) le définit ainsi : « L'avant-contrat réunit toutes les exigences du contrat définitif, objet, capacité des parties sauf une... le consentement de l'une des parties. Par le seul fait de la dation de ce consentement tous les éléments constitutifs du contrat seront réunis ». En acceptant cette définition, nous pouvons dire avec M. *Leduc* que ce contrat existe déjà, mais affecté d'une condition purement volontaire de la part de l'un des contractants, qui, comme cet auteur le montre, n'est pas cependant une condition potestative prohibée par la loi (art. 1174, C. civ.) (3). Cet avant-contrat est donc un acte qui fait naître une créance, un droit de créance de nature spéciale et inférieure qui donne seulement le droit d'acquérir postérieurement par une déclaration de volonté, un droit de créance ordinaire (4). On qualifie ces droits, intermédiaires entre le simple espoir sans effet juridique et le droit conditionnel à effet rétroactif après sa conclusion, des droits éventuels. Ces

---

(1) DEMOGUE. Traité des obligations, tome II, chap. IX. Des Avant-actes et spécialement des Avant-contrats, p. 1 et ss. ROTH. « Der Vorvertrag » cité plus haut.

(2) LEDUC (1). « Des Avant-contrats » thèse Paris 1909, p. 31.

(3) *Op. cit.*, p. 32 et ss.

(4) *Op. cit.*, p. 41.

droits éventuels (1) représentent déjà une valeur patrimoniale pour leur titulaire, puisque malgré la volonté contraire de son débiteur il pourra désormais devenir créancier pur et simple, mais ce droit restant soumis à l'éventualité de son consentement ne lui permet pour le moment, que de prendre des mesures conservatoires, protectrices de son droit. Le créancier de l'avant-contrat n'a pas de droit réel de ce chef, car le débiteur est actuellement encore propriétaire de son droit dont il garde la libre disposition. La seule entrave à la liberté de disposition du débiteur de l'avant-contrat est la menace des dommages-intérêts s'il a rendu impossible l'exécution de l'avant-contrat. Comme le remarque M. *Leduc* (2), c'est un droit éventuel différent d'un droit de créance ordinaire, car le créancier de l'avant-contrat demandant à conclure le contrat définitif, crée en même temps qu'une créance à son profit, une dette vis-à-vis de son débiteur, et c'est précisément pour ne pas assumer dès lors cette obligation vis-à-vis de son débiteur qu'il avait conclu un avant-contrat au lieu de conclure un contrat définitif.

Quant à sa nature, ce droit éventuel participe de la nature mobilière du droit de créance ordinaire, quelque soit la nature de l'objet de l'avant-contrat, qu'il y ait promesse de vente ou de bail d'un immeuble ou promesse de constitution d'une hypothèque son créancier est titulaire d'un droit mobilier (3).

12° Après avoir vu la définition courante de l'avant-

---

(1) DEMOGUE. « Des Droits éventuels », étude parue dans la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, I N° de 1905, p. 723, II N° de 1906, p. 21.

TITULESCO (N). *Essai sur une théorie générale des Droits éventuels*, Thèse Paris 1907, p. 90 et ss.

(2) *Op. cit.*, p. 42.

(3) En ce sens Cass., 20 janv. 1862, (D. 1862, I. 1,364).

contrat nous pouvons l'opposer à ces actes préparatoires qui nous occupent plus spécialement.

L'avant-contrat est un acte juridique, c'est déjà une convention, ayant pour but d'assurer la conclusion du contrat définitif en s'assurant le consentement définitif de l'une des parties. Les actes préparatoires dont nous parlons s'analysent dans des simples faits — dépenses, travaux, accidents qui peuvent engendrer une obligation. Le plus souvent ces actes ont lieu avant la conclusion de l'avant-contrat s'il y en a un, car on les fait surtout pour obtenir le consentement des parties, mais il peut arriver que même après la conclusion d'un avant-contrat, la partie qui est déjà engagée ait encore des dépenses pour préparer l'exécution du contrat qu'elle croit certaine ou pour obtenir le consentement définitif de la partie qui n'a consenti qu'à l'avant-contrat, consentement qui n'est pas donné finalement. *Fischbach* (1) prenant ses exemples dans le domaine des accidents nous montre cette opposition d'une façon assez frappante. Deux personnes s'entendent sur l'acquisition d'une automobile. La vente ne pouvant pas avoir lieu immédiatement, pour une raison quelconque, les parties concluent un avant-contrat, qui par le consentement du futur acheteur se transformera en vente parfaite. Avant d'arriver à ce stade avancé des pourparlers, ou avant de conclure le contrat définitif — peu importe — le futur acheteur veut essayer la voiture pour se rendre compte si elle lui convient ; au cours de cet essai il est blessé ou il cause un accident, voici un rapport qui naît du chef d'un simple fait de préparation qui se distingue nette-

---

(1) *Op cit.*, p. 164.

ment de l'avant-contrat, tant par sa nature que par ses effets.

Primus veut acheter un terrain appartenant à Secundus. Le terrain lui convient, mais il existe des motifs, qui l'empêchent de conclure le contrat de vente tout de suite. Il peut alors conclure un avant-contrat, devant avoir la même forme que le contrat lui-même, pour s'assurer du consentement de Secundus. Avant de prendre une décision sur l'acquisition du terrain, Primus, qui a entendu que Secundus lui vende un terrain dans des conditions, qui lui conviennent, se rend sur place pour mieux voir la chose à acquérir. Au cours de cette visite, il tombe dans un fossé, qui n'a pas été soigneusement couvert et en sort blessé. Voilà un autre exemple d'un fait — acte matériel — une visite d'un immeuble, objet d'une promesse de vente, visite au cours de laquelle a lieu un accident engendrant un problème de responsabilité, chose tout à fait différente de l'avant-contrat de vente que Primus pourrait conclure avec Secundus.

Cette comparaison entre l'avant-contrat, acte préparatoire du contrat définitif, mais acte juridique ayant la valeur d'une convention et les simples faits matériels qui peuvent se produire au cours de la préparation d'un contrat est très utile pour nous aider à dégager avec plus de précision la notion de ces actes préparatoire.

§ 4. — *Les rapports préparatoires et les problèmes relatifs à l'exécution du contrat.*

13° Mais comme il ne s'agit que de faits et actes matériels, on pourrait parfois être tenté de les confondre avec des faits matériels ayant lieu au cours de l'exécu-

tion du contrat déjà conclu. Quelques exemples fournis par le même auteur nous permettent de préciser davantage le domaine qui forme le sujet de cette thèse. *Fischbach* reste toujours dans le cadre des accidents (1).

Un maître tapissier, devant mettre une tapisserie dans l'appartement d'une personne, fait élever d'abord des échelles spéciales par un charpentier, pour pouvoir exécuter son travail. Pendant qu'il met ces échelles il casse par maladresse une glace de grande valeur. C'est au cours d'un travail préparatoire que cet accident est arrivé, mais travail préparant l'exécution du contrat déjà conclu, qui donne lieu à la responsabilité dans l'exécution du contrat, responsabilité contractuelle. Ceci est donc différent des hypothèses où il s'agit de la préparation du contrat.

Deux exemples pris dans le domaine des transports opposent nettement les deux hypothèses (2).

Une commerçante veut faire transporter quelques ballots de chanvre. Elle s'adresse à l'administration des chemins de fer qui lui indique un wagon à la gare des marchandises, qu'elle pourrait charger des ballots de chanvre, le transport devant s'effectuer dans quelques jours. Après avoir chargé le wagon, les chargeurs s'en vont laissant les ballots découverts et en leur absence les ballots prennent feu ; une locomotive passant à côté du wagon, quelques étincelles se sont posées sur les ballots de chanvre matière facilement inflammable. Le feu n'a pas seulement détruit les ballots, mais causé des dégâts au wagon. L'administration des chemins de fer a demandé des dommages-intérêts sur la base du

---

(1) *Op. cit.*, p. 162 en bas.

(2) *Op. cit.*, p. 168.

contrat de transport, le Tribunal d'Empire (1) a condamné la commerçante sur cette base pour les motifs suivants : En vue de faire transporter du chanvre, la défenderesse a demandé à l'administration des chemins de fer qu'elle lui mette à sa disposition un wagon ouvert. L'administration a donné suite à cette demande et quoique le contrat de transport n'était pas encore conclu, aucun acte nécessaire n'ayant été délivré du moment que la demanderesse en vue de la formation du contrat de transport, a mis ce wagon à la disposition de la défenderesse, un rapport est né entre les deux parties, rapport qui oblige les parties à prendre les plus grandes précautions, peu importe qu'on le qualifie d'acte préparatoire ou partie du contrat. A la suite de cet acte il y avait notamment une obligation pour la défenderesse de ne pas laisser les ballots découverts pour éviter la possibilité d'un incendie, d'une matière facilement inflammable comme le chanvre.

A cet exemple d'acte préparatoire Fischbach oppose un autre qui ressemble beaucoup à celui-là, celui-ci n'est cependant plus un acte préparatoire. Une commerçante est avisée de la part de l'administration des chemins de fer qu'une caisse est arrivée pour son compte et qu'elle peut en prendre livraison au quai des déchargements. Elle s'y rend, s'approchant du wagon, elle glisse et se brise une jambe, l'accès du wagon étant insuffisamment éclairé. Son action fondée sur la responsabilité contractuelle a triomphé devant le Tribunal d'Empire (2). L'adminis-

---

(1) Publié dans R. G. E., Tome 66, p. 403 (R. G. E. est l'abréviation de Reichsgerichtsentscheidungen, décisions du Tribunal d'Empire). Cette solution est propre au droit allemand et ne saurait pas être généralisée sans quelques réserves.

(2) Publié dans R. G. E., Tome 73, p. 148.

tration des chemins de fer dit l'arrêt est obligée de prendre toutes les précautions pour rendre l'accès au lieu de la réception des marchandises sans danger. Ici c'est aussi la responsabilité contractuelle qui a prévalu, mais il s'agissait de l'exécution d'un contrat de transport et non pas de sa préparation.

Ainsi après avoir fait l'opposition entre les simples actes de préparation et l'avant-contrat, après avoir séparé les actes de préparation, faits au cours de la confection du contrat de ceux qui en préparent l'exécution nous pouvons maintenant poser le problème dans ses termes justes.

§ 5. — *Définition du rapport juridique préparatoire et position pratique du problème.*

14° Les parties qui veulent contracter sont souvent amenées à faire des dépenses ou travaux pour préparer la conclusion du contrat, au cours de ces travaux elles peuvent être victimes d'un accident ou causer des dommages à autrui. Tous ces faits matériels nous les qualifions d'actes préparatoires, d'actes ayant pour but de préparer le contrat du moment qu'ils ont eu lieu dans la période précontractuelle, entre le moment où les parties se sont mises en rapport et la conclusion définitive du contrat. Ces actes de préparation peuvent donner lieu à des problèmes juridiques importants, de responsabilité et indemnité, problèmes à la solution desquels est consacrée cette étude. Comme il s'agit le plus souvent de faits matériels, vu aussi la grande diversité des contrats, nous ne traiterons que des cas déjà soumis à l'appréciation de la Jurisprudence, en indiquant aussi quelques hypothèses qui pourraient se présenter. Pour

mieux montrer le côté pratique de la question je donne ici une liste d'exemples pris un peu dans tous les domaines, en dehors des exemples intéressants, qui nous ont été fournis, par Fischbach.

15° Un contrat de vente en cours de préparation peut donner lieu à beaucoup d'actes préparatoires d'où beaucoup de problèmes de responsabilité et indemnité. Pour conclure une vente le futur vendeur a eu des dépenses résultant du fait qu'il a été obligé de se procurer un objet spécial, la vente n'est pas conclue. En vue d'une vente le futur vendeur envoie l'objet au futur acheteur pour que celui-ci le voie d'abord, l'objet s'égare ou souffre une détérioration. En vue d'une vente on est obligé de faire des essais, au cours de ceux-ci des accidents arrivent qui peuvent avoir comme conséquence des préjudices causés à la personne d'une des parties, à un tiers ou des dégâts matériels. En vue encore du même contrat le futur vendeur est obligé de faire évaluer l'objet par des experts, c'est une dépense qui peut rester à sa charge si le contrat n'est pas conclu. Ou bien le futur vendeur est obligé d'aménager d'une façon spéciale l'objet, la vente n'est pas conclue finalement. A la suite d'une annonce offrant un objet à vendre, une personne désireuse de s'en rendre acquéreur, fait un voyage coûteux et se rend compte que cet objet n'est pas celui qui a été annoncé, ou la vente ne peut plus avoir lieu pour une autre raison.

Le contrat de louage exige parfois des actes de préparation. Un appartement est à louer ; une personne vient pour visiter cet appartement, elle tombe dans l'escalier mal éclairé et souffre des contusions. Au cours de la visite d'un appartement, le visiteur casse par ma-

ladresse un objet de valeur. Le propriétaire d'une villa luxueuse est en pourparlers avec une personne très riche, qui a exprimé son intention de prendre cette villa en location. Pour convaincre plus facilement cette personne, le propriétaire fait des aménagements de luxe, met des glaces coûteuses, des installations électriques, etc. le contrat n'a pas lieu et notre propriétaire a fait ainsi des grosses dépenses.

16° Un exemple en matière d'emprunt. Une entreprise industrielle fait des démarches auprès d'une banque pour un gros emprunt d'argent. Le banquier qui espère tirer un grand profit de l'affaire est obligé d'emprunter à une autre banque cette somme pour la tenir à la disposition de l'entreprise qui a voulu emprunter de l'argent chez lui. Finalement l'affaire n'est pas conclue et le banquier a dû payer les intérêts de la somme qu'il a empruntée.

Nous pouvons penser à un cas analogue en matière de dépôt. Un banquier à qui ont fait attendre un dépôt de grande valeur a fait assurer ses locaux contre le cambriolage. Après avoir payé les primes d'assurance finalement le dépôt n'est pas fait chez lui.

Pour garantir un grand emprunt on propose d'engager des objets de valeur, mais en vue de conclure ce contrat de gage on est obligé de faire des expertises et estimations. Le contrat de gage n'est pas conclu et pourtant il a occasionné des frais de préparation.

Le contrat d'hypothèque peut donner lieu aux mêmes expertises et estimations coûteuses.

17° De très grosses dépenses sont souvent engagées en vue de la conclusion d'une société. Vu l'objet du contrat qui est parfois d'une valeur considérable, la conclu-

sion de la société est précédée d'un grand nombre d'actes préparatoires. Pour examiner l'objet d'exploitation, un gisement minier par exemple, on est obligé d'envoyer des experts sur place. (On fait dresser des rapports par des ingénieurs spécialistes). Pour se rendre compte de l'effet d'un nouveau produit chimique, qu'on veut exploiter en société, on est obligé de monter un laboratoire coûteux, c'est une dépense en vue du contrat. Ce laboratoire constitue un voisinage dangereux pour un immeuble voisin dont le propriétaire peut être obligé de payer un surprime d'assurance, d'où une nouvelle source de responsabilité pour la société en voie de formation. Société en voie de formation, cela ne veut pas encore dire société déjà formée et si nous supposons — ce qui est d'ailleurs le cas qui nous intéresse spécialement, que finalement la conclusion de la Société ne réussisse pas — qui supportera la charge de tous ces frais multiples ?

18° Les contrats rentrant dans la catégorie du mandat peuvent soulever des problèmes du même ordre. Ainsi le courtier qui fait des voyages ou autres dépenses pour rapprocher de la partie désireuse de contracter une autre, sans que le contrat ait lieu, a fait des dépenses en vue de préparer le contrat, a-t-il droit à une rémunération et si oui qui en aura la charge en dernier lieu ? Un médecin est appelé à une consultation dans un endroit éloigné, il prend son billet de chemin de fer et avant de partir il est averti que sa présence n'est plus utile, le malade est mort entre temps ou au contraire il va beaucoup mieux, le médecin a fait une dépense et peut-être même davantage, il a pu refuser d'autres consultations à cause de son départ prévu. Un avocat ou un conseil juridique est consulté sur une affaire spéciale,

croquant qu'il sera chargé de cette affaire, il consulte un grand Jurisconsulte pour savoir mieux quelle direction il doit donner à ses démarches. Cela est une dépense pour lui, faite en vue du contrat qui doit intervenir entre lui et son futur client, qui finalement abandonne l'affaire.

Un contrat qui donne lieu à des actes de préparation nombreux est le contrat de location d'ouvrage. On y doit toujours faire des plans et devis, travail combiné souvent avec des frais. Ainsi l'architecte auquel on s'adresse pour prendre la direction des travaux de construction dresse toujours un plan pour l'entrepreneur ; de même ce dernier fait encore élaborer des devis. Les entrepreneurs ont très souvent des dépenses d'ordre technique, en vue du contrat qu'ils espèrent obtenir ils font des installations préalables. Très souvent architectes et entrepreneurs soumissionnent en vue d'obtenir un travail par la voie d'un concours et ont ainsi des frais. D'ailleurs les travaux en vue d'un concours méritent une attention spéciale, car tous ces travaux de tous genres faits en vue d'un concours sont des actes préparatoires pouvant soulever un problème d'indemnité.

Le contrat de travail donne aussi lieu à certains actes préparatoires. C'est le cas du travail à l'essai où des accidents peuvent arriver à ceux qui avant d'être embauchés doivent faire un travail pareil, ceci est notamment intéressant parce que les victimes des accidents du travail pour bénéficier des dispositions favorables de la loi de 1898, doivent avoir un contrat de travail.

Un ouvrier en quête de travail voit par une annonce dans les journaux qu'il y a du travail dans une ville voisine. Il s'y rend et se rend compte que ce n'est pas le

travail qu'on a annoncé, ou que les conditions de travail sont différentes ? En vue de s'embaucher à la suite d'une demande de travail il a eu des frais de voyage.

19° A l'aide des développements antérieurs et de cette liste d'exemples pratiques nous pouvons conclure ce chapitre en définissant la notion de rapport préparatoire. C'est le lien de droit qui naît entre deux ou plusieurs parties à la suite des actes, faits matériels et préjudices soufferts au cours de la préparation d'un contrat. Ce lien de droit soulève naturellement des problèmes d'indemnité et de responsabilité. En reprenant la liste des exemples cités nous essayerons dans la deuxième partie de cette thèse de leur donner une solution satisfaisante.

Mais auparavant il faut voir quel est le fondement juridique des obligations à indemnité et réparation résultant de ces rapports préparatoires, question à l'étude de laquelle nous consacrons le deuxième titre de la première partie de notre étude.

## TITRE SECOND

### **L'obligation qui naît au cours de la préparation d'un contrat, son fondement, sa nature juridique et ses effets possibles**

---

#### CHAPITRE I

##### L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE.

20° Après avoir posé le problème des rapports qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat et avant d'aborder l'étude des solutions qu'on pourrait leur donner, il est essentiel de dégager une idée directrice qui domine ces questions variées, de voir quelle est la base juridique d'une solution possible, étudier en un mot si les rapports qui naissent au cours de la préparation d'un contrat donnent lieu à une obligation d'indemnité et réparation pour les dépenses engagées en vue du contrat et les accidents ayant eu lieu au cours de cette période.

##### SECTION I. — L'OBLIGATION

##### NAIT D'UNE STIPULATION DES PARTIES.

§ 1. *Les parties prévoient les frais et travaux en vue de la préparation du contrat.*

21° Il y a des cas où les parties ont eu la clairvoyance de prévoir la solution des difficultés ou tout au moins où on peut déduire des faits que telle a été l'intention des parties. Dans ces hypothèses le problème d'une obli-

gation à réparation se pose bien entendu mais sur une base plus simple je dirais même plus solide. C'est le cas où en vue de la formation d'un contrat il est nécessaire d'effectuer des travaux ou voyages coûteux et où les parties qui entrent en pourparlers, prévoyant les difficultés, s'engagent dès le début par des conventions préliminaires — véritables contrats — à supporter ces frais pour le cas d'un échec, soit à les payer immédiatement quelque soit le résultat futur des pourparlers en cours.

Pour préciser ce que nous venons de dire voici plusieurs exemples :

Un entrepreneur désireux d'effectuer un grand travail pour la compagnie des Chemins de fer de l'Indochine a besoin de capitaux importants. Un banquier lui offre des capitaux, intéressé par une offre de participation qu'il a reçue de la part de l'entrepreneur. Prudent cependant, le banquier lui demande de faire un voyage en Indochine, de se rendre compte sur place des conditions et des chances de gain, de lui faire un rapport, qui, lorsque favorable sera suivi d'une participation en capital. L'entrepreneur non moins prudent exige que le banquier s'engage à lui rembourser une partie des frais de voyage et études qu'il fera dans l'intérêt commun. Ainsi en vue de la formation d'un contrat d'association les parties se garantissent dès le début des pourparlers les suites dommageables d'un échec. La responsabilité, effet de cette obligation assumée est celle d'un contrat ordinaire, faisant naître une sanction, les dommages intérêts prévus par l'art. 1147 du C. civ.

Transposons cet exemple dans un cadre plus vaste. Il s'agit de la fondation d'une grande société anonyme ayant pour objet l'exploitation d'une mine récemment

découverte en Amérique du Sud ou d'un produit chimique sensationnel qui avant d'être mis en vente doit subir certaines transformations coûteuses. Les personnes intéressées, financiers, banquiers, entrepreneurs, parfois même personnes morales de droit public avant d'investir les capitaux considérables ou avant de donner leur autorisation voudront connaître les détails exacts sur la nature et la productivité de leur futur objet d'exploitation, elles vont fonder alors une société d'études, chacune des parties participant avec une somme assez minime et ainsi par un contrat de société préliminaire, obligeant à toutes les suites équitables d'un contrat les parties s'assurent réciproquement de toutes les dépenses en argent, travail ou risques pour responsabilité, que la préparation du contrat de société principal pourrait occasionner.

22° Parfois il intervient entre deux personnes qui veulent conclure un contrat préliminaire, contrat de mandat ou contrat de travail. Ainsi je voudrais élever une construction sur un terrain, un entrepreneur qui entre en pourparlers avec moi, me montre la nécessité d'effectuer certains travaux préliminaires, étudier par exemple la composition chimique du terrain ou dresser des plans spéciaux, il me demande une autorisation spéciale à cette fin, et ainsi pour le cas que nous ne contracterons pas ensemble, qu'il n'exécutera pas le travail — quelqu'en soit la raison il s'est mis à l'abri derrière un contrat de mandat — car par cette autorisation spéciale, que je lui ai donnée je suis obligé de supporter les frais d'études et plans. Ceci est particulièrement intéressant pour les entrepreneurs, parce que la Jurisprudence française sur laquelle nous reviendrons en détail dans

la deuxième partie de la thèse ne leur accorde en principe aucune indemnité pour ces dépenses préparatoires — quoiqu'elle mette les architectes à l'abri en décidant que l'architecte doit être payé pour ses plans en qualité de mandataire ou en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage (1). Dans ces cas, quoique notre but principal — la conclusion du contrat espéré n'a pas été atteint, il est né de la préparation de ce contrat une obligation qui s'apprécie selon les règles du mandat (C. civ. art. 1984 à 2010) ou selon les règles du contrat de louage d'ouvrage et d'industrie — (C. civ. 1779 à 1799 — not. 1787 à 1799).

23° Il peut arriver — l'hypothèse est rare, mais elle mérite d'être mentionnée — qu'au cours de certains travaux préparatoires une des parties fasse quelque chose de spécialement utile pour son futur cocontractant subissant des frais de ce chef. Quoique aucune convention spéciale d'indemnité ne fût intervenue entre les parties elle pourra se faire indemniser du chef de la gestion d'affaires. Un entrepreneur, en pourparlers avec moi, pour l'agrandissement d'un immeuble se rend compte qu'une partie de cet immeuble menace ruine si on ne prend pas des mesures immédiates de protection. Comptant sur la presque certitude de la conclusion du contrat il veut me rendre un service, et pendant qu'il dresse le plan nécessaire à l'exécution du travail pro-

---

(1) a. *Pour l'entrepreneur*. Paris 7 mars 1912 (Gaz. Pal. 1912,2,210) ; Trib. de paix, Paris 9<sup>e</sup> arrond. 26 mai 1922 (Gaz. Pal. 1922,2,305) Colmar 5 déc. 1928 (*Rev. jur. d'Alsace et Lorraine* 1929, 364).

b. *Pour l'architecte*. Civ. 27 mars 1876 (Gaz. Trib. 29 mars 1876) ; Civ. 20 avril 1888 (Gaz. Trib., 20 avril 1888) ; Trib. civ., Seine 21 mai 1912 (Gaz. Trib., 1912 1<sup>er</sup> sem. 2,548) ; Trib. civ., Seine 7 février 1929 (Gaz. Trib. 1929, 2<sup>e</sup> sem. 2,52).

Dans la deuxième partie de notre thèse nous reviendrons sur la Jurisprudence idiquée ici. Voyez nos n<sup>os</sup> 82 à 99.

jeté, il fait effectuer ces quelques réparations urgentes. C'est un cas typique de gestion d'affaires, les dépenses faites pour ces réparations lui seront sûrement remboursées, car utiles, elles m'obligent vis-à-vis de l'entrepreneur et celui-ci triomphera devant les tribunaux invoquant l'article 1375 du C. civ. Même si dans cette hypothèse toutes les conditions de la gestion d'affaires ne se trouvent pas réunies, si je prouve par exemple que ce n'était pas une gestion désintéressée de la part de l'entrepreneur, celui-ci pourra récupérer ses dépenses par l'action de *in rem verso* subsidiaire, car en m'évitant une perte, préservant mon patrimoine en appauvrissant le sien, je m'enrichis injustement à ses dépens si je ne lui rembourse pas ses frais.

Dans tous ces cas que nous venons de voir il existe une obligation spéciale. Il s'est bien agi là des rapports préparatoires, de dépenses et travaux en vue de la conclusion d'un contrat, mais soit par une convention préliminaire spéciale peu importe de quel genre, qu'il s'agisse d'un mandat, d'une *locatio operarum* ou d'une société en petit — soit par le bénéfice de la *negotiorum gestio* ou de l'*actio de in rem verso*, ces frais peuvent être facilement récupérés, du point de vue juridique tout au moins.

Dans la pratique des affaires des prévisions de ce genre sont très fréquentes, les parties devant traiter des affaires importantes sont prudentes, elles veulent se garantir contre les risques désagréables des dépenses faites pour un contrat qui ne se réalise pas. Nous ne pouvons qu'approuver ces usages, car établissant une base facilement saisissable de responsabilité dans une clause parfois courte d'une lettre ou conversation, ils facilitent

considérablement la tâche de ceux qui doivent trancher la question de l'indemnité à accorder.

24° Souvent les parties font mieux encore. En se mettant en rapport d'affaires avec une autre partie désireuse à contracter, elles font savoir dès le début, que les frais, dépenses et travaux à faire restent entièrement à la charge de la partie qui veut étudier l'affaire proposée (1). Ainsi annonçant dans un journal que je voudrais faire exécuter tel travail, par exemple l'aménagement d'un parc et que j'invite les entrepreneurs paysagistes désireux d'effectuer ce travail à se présenter chez moi — j'ajoute que je me refuse de supporter les frais de tout ordre par exemple frais de voyage ou frais de plan et devis pour le cas d'un échec des pourparlers (2). Ceci est très net. Je m'exonère d'avance de toute responsabilité. Ceux qui voudront traiter avec moi sauront à quoi ils devront se tenir, si malgré ma déclaration expresse ils s'engagent dans la voie de dépenses qui ne leur rapporteront rien — tant pis pour eux, ce sont les risques de la vie des affaires.

25° Les clauses d'exonération de ce genre sont parfaitement valables elles ne concernent que des dépenses matérielles, que personne n'est obligé d'engager. Elles sortent du cadre de la grande discussion sur la validité des clauses d'exonération dans l'exécution du contrat où la Jurisprudence s'est souvent refusée d'admettre une

---

(1) Le contraire se rencontre souvent, pour des fins de publicité ou de concurrence on propose sur des prospectus des travaux avec la clause suivante : **La maison se tient entièrement à votre disposition pour vous faire des plans et devis, sans aucun engagement de votre part, vous envoyer des modèles et échantillons, de vous établir des prix spéciaux, etc.** Ici c'est l'auteur de l'offre qui prend toutes les dépenses préparatoires à sa charge. Ces clauses sont très fréquentes.

(2) DURAND. Des conventions d'irresponsabilité. Thèse parue, Paris 1931, notamment, p. 295 à 302 .

pratique pareille quoique ces clauses aient trouvé des défenseurs dans la doctrine (1). Celui qui fait savoir à ceux qui désirent entrer en rapports avec lui, qu'il ne veut pas être tenu de leur rembourser des dépenses éventuelles si le contrat n'a pas lieu, libre de consentir à ce contrat ou de ne pas le faire, il ne s'exonère pas ici d'une faute dans l'exécution du contrat, contraire à la morale et à l'équité (admise cependant dans certaines hypothèses pour les transports maritimes) (2) mais simplement d'une prudence qui n'engage les parties auxquelles elle s'adresse à aucune prestation comme la clause d'exonération en matière de contrat conclu, qui peut parfois arriver à rompre l'équilibre du contrat, anéantissant les effets de l'application de la théorie de la cause dans les contrats. Si nous admettons ainsi qu'on peut se libérer dès le début des pourparlers de toute obligation du chef des dépenses, frais et travaux nous faisons une réserve pour le cas d'une faute lourde dolosive qui est la cause des dépenses ainsi faites qu'on ne peut plus récupérer. Heureusement qu'il est difficile de trouver une hypothèse pratique de ce genre.

Ce serait le cas d'une personne qui sachant que telle entreprise ne fait pas beaucoup d'affaires et voudrait travailler à tout prix, lui envoie une offre comportant certaines dépenses préparatoires s'exonérant bien entendu des suites. Cette entreprise alléchée par la possibilité de conclure une affaire pensant qu'elle sera conclue fait des dépenses — le contrat n'a pas lieu, la raison déterminante du retrait de l'offre étant comme il

---

(1) JOSSEERAND. Cours de Droit civil positif français, Tome II, N<sup>os</sup> 470, 476, 622, 624. (Paris 1930, Sirey éd.).

(2) RIPERT (G.). Droit Maritime, II, N<sup>o</sup> 1771 et ss. (3<sup>e</sup> Ed., Paris 1929, Rousseau, éd.).

résulte des faits l'intention de causer un préjudice à cette entreprise. Il serait contraire aux bonnes mœurs qu'une pareille clause d'exonération puisse jouer ici, car nous sommes en présence d'un véritable délit civil, il faut appliquer l'art. 1382 sur une base délictuelle pour accorder une indemnité équitable à la victime de cette faute dolosive.

§ 2. *Les parties prévoient les accidents  
qui peuvent avoir lieu au cours de la préparation  
d'un contrat.*

26° Nous avons vu dans le chapitre précédent que les rapports préparatoires ne naissent pas seulement à la suite d'une perte patrimoniale — travail, frais, dépenses — mais aussi à la suite des accidents qui peuvent avoir lieu au cours de la préparation du contrat. Les parties peuvent-elles prévoir la solution de ces hypothèses au moment où elles se mettent en rapport pour contracter, comme elles peuvent le faire pour les dépenses et travaux ? C'est une question plus délicate.

Nous avons vu d'abord, que les parties peuvent passer des accords préliminaires, rentrant dans le cadre du contrat de société, mandat, louage d'ouvrage ou travail ; la gestion d'affaires et l'enrichissement injuste ne conviennent pas à notre hypothèse. Dans ces conventions les parties sont libres de prévoir la possibilité d'un accident et la réparation de ses suites. La partie qui prévoit que pour préparer le contrat principal elle pourrait exposer sa personne à certains dangers, peut passer une assurance stipulant que les primes seront versées par l'autre ou bien on établira une indemnité forfaitaire. Cette assurance peut viser un accident dont la victime

serait une des parties ou un tiers. Par exemple en vue de l'essai d'un explosif qu'on doit envoyer très loin, le commissionnaire ou l'une des parties futures peuvent s'assurer contre les accidents qui peuvent préjudicier à leur propre personne ou à des tiers, ces essais comportant beaucoup de dangers. Le cas est particulièrement intéressant lorsque la convention préliminaire s'analyse en un contrat de travail, car alors si c'est un contrat qui tombe sous l'application de la loi de 1898 et les lois analogues postérieures, la victime de l'accident obtiendra facilement une indemnité. Il faut cependant que cette convention préliminaire ait le caractère d'un contrat de travail véritable et non pas — ce qui est fréquent — le caractère d'un contrat de travail à l'essai, car alors une Jurisprudence, sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième partie de notre étude qui nous paraît critiquable refuse d'accorder à la victime le bénéfice de la loi de 1898 en la renvoyant sur le chemin de la preuve délictuelle ordinaire (1).

Nous avons vu ensuite que les parties peuvent s'exonérer dans leur offre de toute conséquence en ce qui concerne une obligation d'indemnité possible pour les frais et travaux engagés et effectués, réserve faite pour le cas d'une faute dolosive. Peuvent-elles faire la même chose pour les accidents ? Voici par exemple des essais dangereux en vue d'une vente. Le vendeur d'une automobile la fait essayer par le futur acheteur, et lui dit : quoiqu'il arrive j'entends n'avoir aucune responsabilité. Ou bien un contrat de travail à l'essai. Dans l'offre de travail, ou par une affiche dans l'usine l'employeur fait savoir

---

(1) Paris, 5 fév. 1923 (Gaz. Trib. 1923.2.293) et Trib. Seine, 6 juin 1921 (Gaz. Trib., 1921,2,648). Voyez nos nos 140 à 143.

que les suites préjudiciables des accidents, qui peuvent avoir lieu au cours du travail à l'essai, resteront entièrement à la charge des victimes. Que penser de cette pratique ?

27° En principe il est impossible de s'exonérer de la responsabilité basée sur une faute, l'application de l'article 1382 est considérée comme l'application d'un principe d'ordre public, toute clause ou convention qui tendrait à l'anéantissement de ce principe d'ordre public serait nulle (1). Il est certain, comme nous l'avons dit d'ailleurs à propos des clauses d'exonération pour les dépenses et travaux préparatoires, que toutes les fois que l'accident dans la préparation du contrat est imputable à l'une des parties, l'autre partie victime de l'accident pourra obtenir une indemnité en prouvant la faute de son futur cocontractant. La seule chose que la partie qui veut s'exonérer, pourrait faire et ce qui serait d'ailleurs très utile c'est de stipuler avant qu'on procède à ces travaux préparatoires qu'elle n'entend être responsable que pour les préjudices qui sont imputables à sa faute. En effet on ne peut pas s'exonérer de sa faute telle qu'elle donne lieu à l'application de l'art. 1382. Mais comme le plus souvent la victime de l'accident pourra se prévaloir de la responsabilité objective de l'art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, voire même de l'art. 1386, il est intéressant pour l'autre partie de se placer sous l'application de l'art. 1382, car la preuve de la faute est une chose parfois délicate en pratique. La présomption de faute objective édictée par l'art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, n'est pas irréfragable, la preuve de la faute exclusive de la victime permet

---

(1) Montpellier, 5 déc. 1892 (D. 1894,2,451) ; Paris, 22 déc. 1897 (D. 1900,2,64) ;

d'exclure son application (1) pourquoi ne pas permettre aux parties qui entrent en rapports contractuels de stipuler que seule la faute subjective, faute qu'on doit prouver — de l'art. 1382, les rend responsables vis-à-vis de leur futur cocontractant ou qu'il y aura partage de responsabilité ?

Autre chose en effet est un accident imprévu qui crée un lien d'obligation entre deux personnes qui ne se sont jamais vues — comme l'automobiliste qui voit sa victime pour la première fois au moment où on la retire de sous les roues de sa voiture et celui qui peut avoir lieu au cours d'un essai pour une vente, si rien n'est stipulé on aura évidemment tendance d'appliquer l'art. 1384 ou parfois même la responsabilité contractuelle, mais du moment que j'ai fait savoir à la partie qui veut essayer la voiture que c'est à son propre risque, à moins qu'elle prouve ma faute, elle est libre d'essayer ou de ne pas essayer et si elle se décide pour l'essai qu'elle soit très prudente ! Si l'essai se fait sous la direction directe de mon chauffeur la stipulation d'exonération se heurte de l'art. 1384, al. 5 (responsabilité des maîtres et commettants pour les faits de leurs préposés). Mais ici encore dès qu'il y a eu une stipulation expresse de ma part que je ne réponds que de ma faute cela veut dire que je ne réponds que de la faute de mon chauffeur, car si la présomption de responsabilité à la charge des maîtres et commettants est irréfragable cela veut dire qu'on ne peut pas s'exonérer en droit français en faisant la preuve contraire par exemple en montrant qu'il a été

---

(1) Req., 22 janv. 1908. (D. 1908,1,217 note Josserand), Req., 19 janv. 1914 (D. 1914,1,303). Trib. civ. de Lectoure, 10 av. 1925 (D. 1925,2,105, Note Josserand).

impossible d'empêcher l'accident (1) — mais cela ne veut pas dire que c'est un principe d'ordre public comme celui édicté par l'art. 1382 et dès lors il m'est toujours possible de déclarer à celui qui veut essayer ma voiture, que je ne répons des accidents qui pourraient survenir qu'en tant que moi ou mon préposé nous sommes en faute. Bien entendu en pratique il arrive fort rarement de rencontrer des hypothèses pareilles, pour ne pas effrayer un futur acheteur on évite de parler responsabilité, mais il pourrait arriver qu'un particulier qui fait essayer sa voiture par une personne qu'il ne connaît pas, ait un intérêt de s'exonérer des risques d'un pareil essai, cantonnant sa responsabilité dans le domaine de la faute, par exemple pour ne pas avoir averti que telle partie du moteur n'était pas en très bon état.

Le problème devient autrement délicat lorsqu'il s'agit d'un accident survenu au cours d'un travail. Si ce travail préparatoire a lieu sans qu'une convention préliminaire lie les parties en cause, il est certain que celles-ci peuvent s'exonérer de toute obligation à indemnité sauf pour le cas d'une faute prouvée. Mais si ce travail préparatoire se place sous l'égide d'une convention préliminaire ayant le caractère d'un contrat de travail la stipulation d'exonération se heurte du caractère d'ordre public de la loi sur les accidents de travail, édicté dans l'art. 30 de la loi du 9 avril 1898, ici en effet, une pareille stipulation devient impossible. Encore faut-il pour bénéficier de la loi 1898, que la victime ait passé un contrat de travail protégé par la loi de 1898 et les lois postérieures dans cette matière, ce qui rend assez

---

(1) Dans les Codes étrangers les plus récents il est permis au maître de faire la preuve contraire en montrant que leur préposé n'a eu aucune faute. Ainsi C. civ. allemand, art. 831 et Code féd. suisse des obligations, art. 55.

défavorable la situation de la victime dans un contrat de travail à essai. Celui-ci, comme nous le verrons, n'est pas assimilé par la Jurisprudence au contrat de travail proprement dit (1), aucune prescription d'ordre public ne vient donc empêcher des stipulations d'exonération et il sera donc possible à la partie intéressée de déclarer à celui qui vient pour faire un essai, en vue de passer après cet essai un contrat de travail, qu'elle ne sera responsable pour les accidents qui pourraient survenir qu'en tant que l'on parvient à prouver sa faute.

Nous venons de voir dans ces développements la solution à donner aux cas où la question d'une obligation à indemnité a été prévue par les parties ; fixée dans un accord préalable, récupérable du chef d'une obligation légale ou bien exclue dans la mesure permise par la loi, l'obligation d'indemniser la partie qui a eu des dépenses avec la préparation du contrat non conclu se trouve placée sous l'empire d'une convention expresse ou tacite des parties, qui donne une base assez solide à l'appréciation et à la décision possible du juge.

## SECTION 2. — ABSENCE D'UNE STIPULATION EXPRESSE DE RESPONSABILITÉ OU DE NON-RESPONSABILITÉ.

28° Toutes les difficultés du problème commencent lorsque nous nous trouvons devant des travaux, frais, dépenses et accidents qui ont eu lieu pendant des pourparlers ensuite rompus, où les parties n'ont rien prévu, ce qui arrive fréquemment et que nous ne nous trouvons pas sur le terrain d'une obligation légale résultant de

---

(1) Paris 5 fév. 1923 (Gaz. Trib 1923,2,293) Civ. 24 janv. 1927 (S. 1927, 1,107).

la *negotiorum gestio* ou de l'enrichissement injuste. Rien de tout cela, des pourparlers qui ont commencé, une offre qui a été faite, des dépenses sont engagées — des actes de préparation ont lieu, l'offre est rétractée — quel est le fondement d'une obligation à indemnité si on admet qu'il en existe une ? Il existe d'abord des textes de lois étrangères qui permettent de dégager une certaine obligation en parlant de l'offre, il y a ensuite une partie notable de la doctrine qui conclut à une obligation à indemnité en lui donnant les bases les plus diverses. La Jurisprudence française est, comme nous le verrons dans la deuxième partie de la thèse, assez prudente dans le fondement qu'elle donne toutes les fois qu'elle accorde une indemnité. Mais le point central de toutes ces théories est l'offre de contracter qui ouvre en quelque sorte le feu des pourparlers.

Il est donc absolument nécessaire, pour comprendre les développements qui vont suivre, que nous exposions en quelques mots le mécanisme juridique de la formation des contrats.

§ 1. — *Le mécanisme de la formation des contrats, étude spéciale de l'offre et de l'acceptation.*

29° C'est par l'offre que le rapport entre les parties commence, c'est par l'acceptation qu'il devient définitif — les pourparlers pendant lesquels les travaux, dépenses, frais et accidents — qui forment le sujet de cette étude — ont lieu — existent pour ainsi dire sous le signe de l'offre et ont pour but de provoquer l'acceptation. Il est essentiel de savoir quand on se trouve en face d'une offre juridique, car seule celle-ci peut poser le problème

d'une obligation à indemnité (1). Il faut distinguer l'offre véritable de la proposition vague, laquelle n'a aucune valeur juridique. Il y a offre lorsque la proposition contient l'indication de points suffisamment nombreux et résolus de façon suffisamment précise pour que le contrat puisse se former par une simple acceptation (2). Je déclare vendre tel objet déterminé à tel prix, voici une offre sur laquelle on peut engager des pourparlers, l'offre est précise, juridique sans qu'il soit nécessaire que le simple oui ou non suffise pour son acceptation. Dans les autres cas il y aura simple réclame, simple entrée en pourparlers sans portée juridique en un mot des propositions vagues. C'est le cas de certaines annonces de ventes à prix modérés, une « affaire qui conviendrait très bien à l'acheteur » une « maison à vendre avantageusement ». Ici il n'y a pas offre vraiment juridique, les propositions sont encore trop vagues. Pour le cas qui nous est cher voici une offre parfaite. J'ai une voiture à vendre à tel prix. C'est sur cette offre que vont s'engager les pourparlers et essais ; pendant ces mesures de préparation du contrat a lieu un accident, source de responsabilité. Je m'adresse à un entrepreneur en lui disant : « J'ai l'intention de faire construire un immeuble de ce genre bien déterminé et d'aménager un parc dans tel ou tel style. Vous m'avez été particulièrement recommandé — faites-moi savoir les détails exacts de ce travail ». C'est sur cette offre que l'entrepreneur fera ses plans et devis. Autre chose est la proposition vague et la simple information. Le banquier qui croit comprendre d'une conversation avec une personne que celle-

---

(1) PAPAZOL. De l'offre et de l'acceptation. Thèse Paris 1907, notamment page 102.

(2) DEMOGUE. Traité des obligations, tome II, p. 153 et ss.

ci aura besoin d'une somme considérable, se procure l'argent, c'était une simple proposition vague à but informatif — la personne a voulu savoir quelles seraient les conditions d'un emprunt, elle s'est peut-être exprimée sans beaucoup de précision — mais ce n'est pas une offre juridique base sérieuse de pourparlers. C'est évidemment une question de mesure, à savoir quand on est en présence d'une offre obligatoire, car parfois même une offre sérieuse en apparence ne peut être considérée comme telle, par exemple l'hôtelier qui m'offre par sa réclame sur les journaux une chambre à 2 lits pour 50 francs — offre qui contenant des indications précises, ne peut pas me garantir que toutes les fois que je passerai chez lui j'y trouverai des chambres. Mais si un jour d'affluence l'autobus de l'hôtel me prend à la gare pour me transporter à l'hôtel, c'est une offre juridique sérieuse en montant dans cet autobus je peux compter trouver sûrement une chambre dans cet hôtel, pouvant demander des dommages-intérêts pour le cas contraire (1). Est également considérée comme une offre valable et obligatoire par suite de l'acceptation une promesse de récompense insérée dans un journal ou la promesse faite dans une lettre, de faire gagner telle somme d'argent en un certain temps si l'acceptant voulait faire tel ou tel acte (2).

30° L'offre juridiquement parfaite est donc le premier acte de la formation des contrats — il faut qu'elle soit acceptée. L'acceptation marque la conclusion du contrat. Il est très important de connaître le moment d'acceptation surtout pour les contrats entr'absents. Ceci a

---

(1) DEMOGUE. Traité des obligations, tome II, p. 155.

(2) Bordeaux, 11 mai 1858. (S. 1858.2.669).

été étudié avec beaucoup de détails par la doctrine (1). Quoique ce soit le cas le plus fréquent, il n'est pas dit que l'acceptation doit nécessairement être expresse. Elle peut consister en une exécution de l'acte offert. L'article 1985 (c. civ) est en matière de mandat un exemple classique de ce genre. L'acceptation peut résulter même d'un silence quoique cela paraisse bizarre, mais c'est une chose qui peut arriver lorsque deux commerçants sont depuis quelque temps en relations d'affaires. L'un adresse à l'autre une lettre portant un ordre d'expédition, un silence prolongé sans refus précis est un signe d'acceptation (2). A défaut d'un texte général sur l'acceptation en droit français ne pourrait-on pas généraliser la solution de l'article 1805 du *Code Civil de la Louisiane* : « L'acceptation peut être faite par le silence et l'inaction, dans les cas où les circonstances autorisent à les interpréter ainsi » — exception faite pour les très rares cas où une acceptation expresse est nécessaire (art. 1932, C. civ., par exemple) ? Ceci est de nouveau fort intéressant pour nous, car si nous nous trouvons dans une de ces hypothèses rares où l'acceptation peut se faire par l'exécution de l'offre ou peut-être induite du silence, la personne qui à la suite de l'offre sur laquelle elle a compté fermement, a fait certaines dépenses ou

---

(1) VALÉRY. Des Contrats par correspondance, *op. cit.* Sur la discussion intéressante concernant le système de l'émission et celui de l'acceptation voir dans les traités de droit civil ou commercial les chapitres concernant la formation des contrats.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE-BARDE. Obligations I. 3<sup>e</sup> édition Paris, Sirey 1906. § 45.

LYON-CAEN-RENAULT. Traité de droit commercial, 5<sup>e</sup> édition Paris, Lib. Générale 1923, tome III, N° 16.

AUBRY et RAU. Cours de Droit civil 5<sup>e</sup> édition, tome IV, p. 484, n° 20.

Montpellier, 3 juillet 1885 (S. 1886.2.56), Trib. Commerce Nantes, 18 mai 1906 (D. 1908.2.313).

Code de Commerce Hongrois, art. 320, al. 1<sup>er</sup>. Traduction la Grasserie, Paris, Durand éd. 1894.

travaux, pourrait prétendre que ce n'est que l'exécution de son contrat, formé par son acceptation tacite, l'indemnité sera due alors sur la base de la responsabilité pour l'inexécution du contrat conclu, situation tout à fait avantageuse pour elle (1).

§ 2. — *L'offre accompagnée d'un délai pour réfléchir.*

31° Le plus souvent, l'offre faite, les parties s'accordent un délai pour réfléchir ; cela est parfois indispensable, entr'absents l'acceptation le plus souvent ne peut pas se faire sur le champs et entre présents les affaires plus importantes exigent des examens ou plans préalables. Les parties peuvent alors accompagner leur offre d'un délai de réflexion, s'obligeant à maintenir leur offre ferme pendant ce temps. Cette obligation de maintenir l'offre que la partie assume de sa propre volonté est de nouveau très intéressante pour notre cas. Si pendant ce délai l'autre partie qui compte fermement donner son acceptation fait des dépenses en vue de la perfection du contrat et que l'offre est révoquée pendant le délai de réflexion — l'offrant peut encourir une responsabilité de ce chef — responsabilité qui permet à la partie lésée de récupérer les dépenses inutilement faites. En effet on peut qualifier le délai de réflexion qui accompagne

---

(1) Parfois on répond à l'offre de contracter par des contrepropositions, on accepte simplement d'entrer en pourparlers et c'est sur la base de cette acceptation spéciale que se font les dépenses et frais pour préparer le contrat, on pourrait alors parler d'une responsabilité de l'acceptant. Mais dans un cas pareil la doctrine est unanime à considérer cette contreproposition comme une offre nouvelle, car il n'y a acceptation que du moment où les parties sont tombées d'accord. Ainsi si sur l'offre de contracter qui me parvient je réponds par une invitation de me soumettre des plans et devis c'est une offre de ma part invitant l'autre partie à une activité dans l'intérêt du contrat. Telle est aussi la solution des Codes modernes, p. ex. Code civ. allemand. Projet du Code des Obligations franco-italien.

C'est pour cette raison que nous parlerons dans nos développements suivants que d'une obligation à la charge de l'offrant.

l'offre, une obligation expresse — la partie qui dans son offre l'accorde n'a pas besoin que la partie bénéficiaire de ce délai lui confirme sa volonté d'accepter ce délai de réflexion — l'acceptation tacite est présumée. La partie qui dans son offre s'oblige à son maintien pendant ce délai ne se prive pas par là de son droit de rétractation, mais elle s'oblige à réparer le préjudice causé par sa rétractation pendant ce délai, préjudice qui consiste le plus souvent dans les dépenses et travaux inutilement faits. Le fondement juridique de cette obligation est à mon avis contractuel. On peut dire il est vrai que par sa rétractation fautive l'offrant a causé un préjudice qu'il devrait réparer en tenant compte de l'article général d'équité 1382, mais s'il y a une faute, on peut la qualifier, car elle résulte de l'inexécution d'une convention, celle qui est intervenue entre les parties à propos du maintien de l'offre, et les dommages-intérêts peuvent être réclamés en vertu de l'art. 1147, Code civ. Telle est l'opinion presque unanime de la doctrine continentale (1) que l'offre accompagnée d'un délai exprès de réflexion ne peut être révoquée qu'en indemnisant l'autre partie des dommages qu'elle a pu subir de ce chef. Par exemple : Je vous offre 100 sacs de blé à un prix avantageux en vous laissant trois jours de réflexion — après un jour je les vends à un autre commerçant, vous avez pu éprouver un préjudice soit en ne pas acceptant une autre offre soit en aménageant votre magasin pour recevoir la livraison. Cette doctrine s'appuie d'ailleurs sur des textes nombreux dans les lois étrangères qui parlent de la formation des contrats.

---

(1) Voir les développements sur ce point dans tous les auteurs cités dans cette section.

32° Il est très curieux de constater le contraste que forme la solution adoptée par la doctrine commercialiste anglaise qui est encore restée fidèle à l'exigence d'un accord parfait pour faire naître une obligation. Ainsi *Pollock* (1) dans son traité classique sur les contrats nous montre qu'en *Droit Anglais*, non seulement l'offre ne contient aucune force obligatoire propre, mais le délai de réflexion qui peut l'accompagner est stipulé en faveur de l'offrant, donc doué d'une force obligatoire négative. Si je vous accorde un délai de réflexion je le fais dans mon intérêt — je vous fais savoir que tout en gardant ma liberté complète de révoquer l'offre pendant ce délai sans être tenu de dommages-intérêts, toute acceptation postérieure à ce délai sera non-avenue. Cette pratique et doctrine en contradiction avec les exigences de la doctrine du commerce moderne est peu compréhensible chez une nation commerçante comme les Anglais ; il est vrai aussi qu'en principe la parole donnée comptant beaucoup dans les usages commerciaux anglais, ceux qui ont accordé un délai pour réfléchir ne rétracteront pas l'offre pendant cette durée surtout si la personne à qui on a adressé l'offre insiste spécialement sur le maintien d'un délai de réflexion.

Quoiqu'il en soit, exception faite de la doctrine anglaise, on est d'accord aujourd'hui pour accorder à l'offre faite avec une clause, accordant un délai de réflexion, un effet obligatoire en ce sens que sa révocation avant l'expiration de ce délai, révocation permise et libre, oblige à la réparation du tort qu'elle cause.

---

(1) POLLOCK (Sir F.). — *Principles of contract*, 5<sup>e</sup> édition London 1889 Stevens and Sons (9<sup>e</sup> édition 1921), p. 25 en bas : « In our own law the effect of naming a definite time in the proposal is simply negative and for the proposers benefit ; that is it operates in a warning, that an acceptance will not be recived after the lapse of the time named, not as a unterdaking that if given souner it shall be ».

§ 3. *L'offre qui ne contient de stipulation de délai.*

33° Mais il n'est pas rare que les parties entrent en pourparlers sur une offre qui n'est pas accompagnée d'un délai de réflexion exprès. Sa révocation libre se fait alors sans que l'offrant se fût obligé à la maintenir. Il est alors une solution très simple et commode, on peut dire que l'offre ne produit son effet que par l'acceptation. Une fois révoquée avant que l'acceptation soit donnée et le contrat formé, (1) elle n'oblige à rien. Pousser à cet excès la liberté de révocation, serait dangereux et peu équitable. Entre présents, l'acceptation peut se donner immédiatement même par téléphone, exception faite pour les nombreux cas où il s'agit d'une affaire demandant de la réflexion, mais entr'absents un délai est nécessaire, au moins celui exigé par le temps matériel de la réponse la plus empressée. Une doctrine assez puissante déclare alors que toute offre de contracter — surtout entr'absents est accompagnée d'un délai de réflexion tacite, délai qui varie selon les usages et selon le genre du contrat et la distance entre les parties, l'appréciation de ce délai étant laissée à la lumière du Juge. Pendant ce délai la révocation de l'offre oblige à une réparation des dommages qu'elles a causés, ce qui est assez intéressant pour le cas que nous étudions.

34° Des lois étrangères plus modernes qui se sont oc-

---

(1) Ceci nous oblige d'attirer l'attention sur l'importance des théories concernant la formation des contrats entr'absents, car si on adopte la *théorie de l'émission* le contrat est formé dès que l'acceptation est donnée et si au contraire on préfère celle de la *réception* il ne se forme qu'au moment où l'offrant est informé de l'acceptation. Ces distinctions très grosses de conséquences pratiques ne sont malheureusement pas des simples théories d'école. La Jurisprudence des différents pays varie sur ce point. Pour ma part en me ralliant à la majorité de la doctrine française (voir DEMOGUE, Obligations II, N° 573 à 581, COLIN et CAPITANT, II, p. 29 et ss.) je préfère le système de la réception qui prolonge la période d'incertitude mais qui tend la formation plus sûre.

cupées de la formation des contrats ont des dispositions spéciales en ce sens. Ainsi le *Code fédéral Suisse des obligations* (1) dans ses articles 3 et 5 et le *Code civ. Autrichien* dans son article 862. En parle avec beaucoup de précision le *Code civ. allemand* article 147 al. 2 (2) : « L'offre faite à un absent ne peut être acceptée que jusqu'au moment où la personne qui a fait l'offre devait s'attendre dans les conditions ordinaires à recevoir une réponse » — ce qui montre nettement l'existence d'un délai normal de réflexion prévu par la loi. Encore plus précis est le *Code de Commerce hongrois* (3); l'art 315 al. 1<sup>er</sup> est ainsi conçu : « Entr'absents, l'offrant, lorsque un délai déterminé n'a pas été fixé pour l'acceptation, est obligé pendant le temps qui normalement est nécessaire pour la réponse » texte très clair. Donc dans ces cas d'obligation au maintien de l'offre, ces dispositions légales ne font que consacrer des usages présumés notamment l'usage de laisser à la partie à laquelle on offre un contrat le temps nécessaire pour réfléchir avant d'accepter (4).

35° En droit français où il n'y a aucun texte qui s'occupe de cette question les usages du commerce tendent aussi vers une obligation de maintenir l'offre pendant un délai raisonnable. *Demolombe* se fait l'interprète de ses usages et après nous avoir dit que si on donne un délai pour réfléchir on ne peut pas rétracter son offre

---

(1) Voir pour les détails « Commentaire du Code fédéral Suisse des Obligations du 30 mars 1911, par Fick et Porret, Neuchâtel 1915, 1<sup>er</sup> volume, pages 33 à 39.

(2) *Code civ. Allemand*. Traduction Gruber, édition 1900, Strasbourg.

(3) *Code com. Hongrois*. Traduction La Grasserie, édition 1894 Paris.

(4) Le projet de Code des obligations et des contrats franco-italien (texte français approuvé en octobre 1927, éd. 1929) dans ses articles 1 à 4 s'occupe de la formation du contrat et réglemente l'offre et l'acceptation comme les codes les plus récents.

avant ce délai (1) il continue ainsi : « Ajoutez que dans les usages du commerce il est universellement admis que celui qui fait une offre par lettre est réputé prendre l'engagement tacite de ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire, pour que celui à qui il l'a adressée puisse y répondre et l'accepter. D'où nous concluons que si l'acceptation a eu lieu dans la limite de ce délai, l'offrant n'a pu retirer son offre, et que la convention n'en sera moins formée malgré sa rétractation » (2). En reprenant cette confirmation des usages du commerce et en les expliquant par des raisons d'ordre pratique, MM. *Lyon-Caen et Renauld* concluent également à l'existence d'une obligation de maintenir l'offre ferme pendant un délai raisonnable. « Selon les usages du commerce celui qui fait une offre est considéré comme s'engageant à ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui elle est adressée puisse y répondre. Par suite si l'acceptation est faite dans ce délai le contrat est formé malgré la rétractation de l'offre. Si le contrat n'est pas exécuté des dommages-intérêts peuvent être réclamés ; l'usage du commerce sur ce point se justifie par des raisons d'ordre pratique, car le réceptionnaire de l'offre voulant l'accepter peut faire des dépenses considérables. Quant au délai à défaut d'une convention les juges ont un pouvoir illimité — tenant compte des habitudes des parties et des usages » (3). — Comme nous le voyons cette doctrine tient compte surtout des nécessités pratiques, pour éviter le dommage qui peut résulter pour la partie qui voulant

---

(1) DEMOLOMBE. Cours de Code Napoléon, Traité des contrats, tome 24, p. 64, n° 65 (3<sup>e</sup> édition, Paris 1842 à 1883).

(2) *Op. cit.* N° 66.

(3) *Op. cit.* tome III, N° 15.

accepter le contrat fait des dépenses ou commence déjà à exécuter le contrat il faut que l'offre soit maintenue pendant un délai plus ou moins long selon les usages (1). C'est une thèse qui favorise la sécurité et solidité des affaires au détriment peut-être de leur rapidité.

Après avoir dégagé l'existence d'une obligation incluse dans l'offre — l'obligation de maintenir cette offre pendant le délai nécessaire à son acceptation nous pouvons dire que la rétractation de l'offre pendant ce délai lorsqu'elle cause un dommage oblige à sa réparation — le fondement, la base juridique de l'obligation d'indemnité est ici la convention tacite de maintenir l'offre, donc une base contractuelle.

§ 4. *Les pourparlers peuvent-ils engager la responsabilité des parties ?*

36° Mais en dehors de cette obligation de maintenir l'offre surtout lorsque le contrat se forme entr'absents peut-on dire que l'offre — l'entrée en pourparlers sérieux contient une obligation générale de réparer les préjudices qu'elle cause, lorsque la conclusion définitive du contrat n'a pas lieu ? On répond aujourd'hui en général par l'affirmative. Ceci est très important, car cela permet à ceux, qui dans l'espoir de la conclusion du contrat ont fait des travaux ou ont eu des dépenses, d'obtenir un dédommagement équitable.

*Le Code civil allemand* dans son art. 145 donne une force obligatoire à l'offre : « Celui qui propose à un autre la conclusion d'un contrat est tenu à l'offre à moins qu'il n'ait exclu ce lien (2). » Consacration de la théorie

---

(1) Parfois ce délai est très réduit p. ex. jusqu'au retour du courrier.

(2) Code civil allemand, Traduction Gruber. Strasbourg 1900.

de la déclaration unilatérale de volonté comme base d'une obligation (1), l'offre contient en même temps que la proposition d'un marché, la proposition de s'obliger au maintien de l'offre, de réparer les préjudices qu'elle pourrait causer, en un mot l'offrant s'oblige d'assumer désormais toute la responsabilité pour l'offre émise, la perfection du contrat ne dépendant plus que de l'acceptation. *Le Code de Commerce Italien* dans son art. 36 al. 3, d'une rédaction un peu obscure oblige celui qui révoque l'offre au paiement d'une indemnité lorsque cette révocation a causé un préjudice (2).

37° Un texte plus clair et décisif est l'art. 37 du *Code de Commerce roumain* qui exprime d'une façon plus compréhensible l'idée comprise dans le troisième alinéa de l'art. 36 italien. Nous y lisons : « Tant que le contrat n'est pas parfait l'offre et l'acceptation sont révocables, quoique la révocation empêche le contrat de devenir parfait si elle n'arrive à la connaissance de l'autre partie que après que celle-ci avait commencé son exécution, celui qui révoque répond néanmoins des dommages-intérêts. » (3). L'application pratique d'un texte pareil permet de faire réparer tous les dommages causés par la rétractation de l'offre. Je suis en pourparlers avec quelqu'un qui m'a offert tel contrat. Avant d'accepter, mais comptant l'accepter, je fais un voyage coûteux, je

---

(1) Sur l'obligation résultant de l'offre, fondée sur la déclaration unilatérale de volonté voyez : Ambroise COLAN — Henri CAPITANT : Cours élémentaire de droit civil français, 6<sup>e</sup> édition 1931 (Dalloz éd.) p. 271 et 272.

(2) Code de Commerce italien, édition italienne des 5 Codes de Franchi. Milan 1924, art. 36, al. 3. « Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili, ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto... se esse giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa ne ha impressa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni ».

(3) *Code de Commerce roumain*, Traduction Blumenthal, Paris 1889, Pichon,

fais des essais dispendieux et avant que je puisse donner mon acceptation l'offre est révoquée. Ayant à ma disposition un article de loi comme l'art. 37 du Code de Commerce roumain, je peux récupérer toutes ces dépenses par la voie d'une action en dommages-intérêts. Peut-être les mots « après que celle-ci avait commencé son exécution... » du texte cité, font-ils croire qu'il s'agirait du cas où la partie fermement convaincue de son acceptation exécute déjà le contrat offert — une sorte d'acceptation pour l'exécution de l'offre mais cela serait une mauvaise lecture du texte. Admettant que la révocation est toujours possible avant une acceptation parfaite donc qu'il n'y a pas de contrat, l'art. 37 accorde des dommages-intérêts si avant la révocation de l'offre la partie réceptionnaire de l'offre avait commencé son exécution — pas du contrat inexistant évidemment, parce que dès qu'il y a contrat il n'y a pas de révocation possible. Ce qu'on peut comprendre sous le mot « exécution » ce sont toutes les choses qui servent à la préparation et conclusion définitive du contrat. Un texte aussi clair est très utile pour trancher les questions délicates qui se présentent dans la pratique concernant les effets de la révocation d'une offre.

38° A défaut d'un texte précis il est permis de discuter si l'offre de contracter contient une responsabilité — un germe d'obligation pour celui qui l'a faite. Nous avons vu plus haut que le système anglais consacre encore aujourd'hui la parfaite liberté de l'offrant (et de l'acceptant) et que pour lui il n'y a pas d'obligation — réserve faite d'une faute lourde — tant qu'il n'y a pas de contrat. Dans ce système toutes les dépenses et travaux faits en vue de la conclusion du contrat sont traités

comme des actes de spéculation qui suivent le sort du contrat. Si le contrat n'est pas conclu les frais resteront à la charge de celui qui les a faits.

La *doctrine classique française* a grande tendance à attacher une obligation à l'offre de contracter. Tout en admettant qu'elle est révocable elle n'admet pas que cette révocation puisse nuire à la partie à qui elle s'est adressée. *Pothier* (1) qui s'est occupé de cette question à propos des marchés qui peuvent être conclus entr'absents, après avoir déclaré que l'offre est toujours révocable tant qu'elle n'est pas acceptée s'exprime ainsi : « Mais je dois indemniser mon correspondant de la dépense et de la perte, que je lui ai causées, par la proposition que je lui ai faite, et que je ne veux plus exécuter aujourd'hui car — *nemo ex alterius facto praegravari debet* — ».

*Demolombe* (2) est du même avis dans les passages de son traité des obligations où il parle de l'offre et de sa rétractation. *Ripert (Emile)* (3) veut aussi que la rétractation de l'offre ne cause aucun préjudice et en conclut à l'existence d'une responsabilité à la charge de la partie qui révoque l'offre. Seul le grand commentateur belge *Laurent* (4) défend une opinion contraire, celle de la liberté de la révocation et du consentement. Les parties sont libres d'user de leur droit de révocation, elles ne peuvent encourir aucune responsabilité de ce chef : « *Neminem laedit qui jure suo utitur* » — « l'acceptant d'autre part n'a pas le droit de se plaindre du

---

(1) POTHIER. Traité de la vente. N° 32 (Nouvelle édition, Paris 1806).

(2) *Op. cit.*, tome 24, N° 65 et 66.

(3) RIPERT (Emile). — La vente commerciale, p. 33 à 39, Paris 1875. Maresq éd.

(4) LAURENT. Principes de Droit Civil. Tome 15, § 481, p. 554. s<sup>e</sup> éd. Paris-Bruxelles 1878.

préjudice qu'il peut avoir éprouvé. Car il savait ou il devait savoir que jusqu'au moment de l'acceptation le proposant pouvait retirer son offre — ». La partie a fait un faux calcul, une mauvaise spéculation, c'est à elle-même qu'elle doit s'en prendre.

39. Dans la *doctrine classique étrangère* les travaux les plus importants ont été faits par les auteurs allemands surtout depuis *Ihering*, (1) qui, croyant trouver cette notion dans des textes romains, a mis en circulation la « *Culpa in contrahendo* ». Dans cette doctrine nous trouvons parmi les opinions notables seule celle de *Dernburg* qui soutienne les idées de Laurent. Critiquant *Ihering* il prétend qu'on ne peut pas voir dans les textes de droit romain l'existence d'une *culpa in contrahendo*, sauf certaines allusions à l'occasion de la vente d'une hérédité inexistante (Dig. 18,4, 1. 18 et 19) et d'une chose extra commercium (Dig. 18,1, 1. 6 § 1). (Ceci nous rappelle la fameuse discussion autour de la responsabilité pour la nullité de la vente d'une chose d'autrui en droit français, art. 1599, C. civ.). On ne peut pas voir notamment une pareille *culpa in contrahendo* si on entre en pourparlers et si on les rompt même arbitrairement car c'est un droit tant qu'il n'y a pas acceptation et les parties devraient savoir que cela peut arriver (2).

En se faisant les interprètes de ces opinions défavorables à une obligation de réparation qui aurait sa source

---

(1) IHERING. *Culpa in contrahendo*, dans « Œuvres choisies » tome II, pp. 1 à 101. Traduction O de Meulenaere. Paris 1893, Maresq éd.

(2) DERNBURG. *Pandekten*, 8<sup>e</sup> édition (Dernburg-Sokolowsk) tome II. Berlin 1912 § 266, 3, p. 557 note 8 : « Keine culpa in contrahendo liegt vor wenn man Verhandlungen anspinnt und nachher wilkuerlich abbricht — ...denn dies ist das Recht eines Jeden und der andere Teil muss wissen dass dergleichen stets eintreten kann ».

dans la rétractation de l'offre, MM. *Baudry-Lacantinerie et Barde* (1) sont du même avis. Après avoir critiqué les différentes opinions émises à ce sujet, critique que nous retrouvons dans le chapitre suivant à l'occasion de l'examen du fondement juridique de l'obligation d'indemnité que nous admettons, ils concluent que la seule source de la réparation du dommage causé par le retrait de l'offre est l'obligation qui réside dans l'art. 1382. Mais ceci est assez délicat, car celui qui se sert de son droit de révocation ne commet pas de faute et il faudrait pour cela que ce retrait de l'offre soit accompagné d'un élément spécial, qu'on puisse qualifier de faute ou négligence : « Nous préférons admettre avec Laurent et quelques auteurs étrangers, que le retrait ou l'extinction de l'offre en l'absence de toute faute ou négligence de la part du pollicitant ou de ses héritiers ne donne pas ouverture à des dommages-intérêts. Mais nous nous empressons d'ajouter que, vu les grandes facilités de communication qui existent de nos jours, les juges devront la plupart du temps admettre qu'il y a eu négligence de la part du pollicitant ou de ses héritiers. Ils pourront notamment dans beaucoup de cas par application de l'art. 1382, les considérer comme responsables par cela seul qu'ils n'auront pas informé l'acceptant immédiatement et par télégramme et l'anéantissement de l'offre (2) ». Ces réserves pratiques semblent anéantir la négation rigoureuse d'une obligation à la charge de ceux qui retiennent l'offre et que, pratiquement par l'application de 1382 on pourrait arriver à obtenir des dommages-intérêts (3).

---

(1) *Op. cit.* tome I, N° 32.

(2) *Op. cit.* p. 50.

(3) Dans le même sens — Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* 4<sup>e</sup> éd. Firenze 1896, tome III, N° 225 et 240.

40° Déjà *Thon* (1) prend une position assez opposée à celle de *Dernburg*, en affirmant l'existence d'une obligation de réparation pour celui qui retire l'offre et rompt les pourparlers et la grande partie de la doctrine est du même avis. *M. Roth* (2) affirme que l'opinion qui prédomine aujourd'hui est celle qui dans l'intérêt du commerce et de la sécurité des affaires veut que la rupture des pourparlers engage une responsabilité cela notamment pour le cas où le réceptionnaire s'est déjà préparé à exécuter le contrat et a fait des dépenses. La grande majorité de la doctrine civiliste et commercialiste italienne est du même avis (3).

Il est certain que c'est l'opinion préférable, la liberté des parties, le droit de révoquer l'offre faite est certes respectable, mais cette offre et surtout sa révocation ne doivent pas constituer une source de dommage. Il est vrai que souvent les dépenses, travaux et frais n'ont lieu qu'à la suite des simples propositions et informations vagues, on ne saurait pas leur attacher la force obligatoire de l'offre et c'est pour cela que nous avons insisté dès le début sur la nécessité de dégager une notion précise et claire de l'offre. Engager des valeurs de son patrimoine sur des simples propositions, c'est de la spéculation pure qui comporte ses risques, mais dès qu'on le fait à la suite d'une offre, il naît un rapport préparatoire entre les parties, qui dans l'intérêt même du commerce, mérite une protection plus forte que ces simples

---

(1) *THON*. « Die Haftpflicht des Offerenten bei Wiederruf seiner Offerte, dans « Archiv fuer die zivilistische Praxis », tome 80, 1893, p. 94 ss. (pp. 63 et ss.).

(2) *Op. cit.* p. 329 et 330.

(3) Voir sur ce point — *Faggella* — *op. cit.*, p. 324 et ss. et — *Vivante* — *Traité de Droit Commercial italien* (traduit sur la 3<sup>e</sup> éd. ital. par *Escarra*, Paris, *Giraud* 1912) tome 4, les Obligations, N° 1546 et 1548.

propositions dont la seule protection réside dans l'art. 1382, C. civ. appliqué avec beaucoup de prudence, la faute dans un dommage causé par des simples propositions devant être plus grave qu'une simple négligence.

41° MM. *Planiol, Ripert (G) et Esmein* (1) attirent l'attention sur le danger qu'il y a à accorder aux simples propositions et pourparlers les mêmes effets qu'à l'offre véritable : « Nous ne pouvons pas penser que la rupture des simples pourparlers soit en l'absence de toute faute précisée plus loin une source de responsabilité. La doctrine énoncée confond l'offre et la simple proposition. La première seule a un caractère obligatoire. Sans doute il peut être délicat en fait ; surtout dans les cas de pourparlers longs et complexes ou comportant l'établissement de devis, comptes et plans, etc., de dire s'il y a eu ou non offre véritable, d'autant plus qu'il peut y avoir offre et accord partiel même si toutes les conditions du contrat ne sont pas précisées. Mais personne ne soutiendra qu'en toute hypothèse la rupture des pourparlers est génératrice de responsabilité si un préjudice appréciable en est résulté. A ce compte, entrer en pourparlers spécialement en matière de travaux à exécuter par des entrepreneurs serait très dangereux... » En effet il serait téméraire de prétendre que, toutes les fois que deux personnes se font des propositions vagues, voire même à titre d'information, une obligation naît à leur charge en dehors d'une faute de leur part, mais la réserve prudente de ces auteurs est peut-être un peu exagérée, lorsqu'ils traitent les pourparlers au même niveau que les propositions vagues. Ce qui est intéressant et même un

---

(1) M. PLANIOL et G. RIPERT. *Traité pratique de Droit civil français*, tome 6 (Les Obligations, 1<sup>re</sup> partie) avec le concours de Paul ESMEIN, N° 133, p. 176.

devoir pour le juge des faits, c'est de distinguer dans les pourparlers les éléments d'une offre véritable et ceux d'une simple proposition, car le plus souvent la partie lésée, victime de ses dépenses et travaux prétendra qu'elle a vu dans ces pourparlers une offre et que pour elle la rupture des pourparlers est une révocation injuste de l'offre. A notre avis tout ceci est une question de preuve laissée à l'appréciation du juge des faits. Si ce juge trouve qu'il y a eu dans ces propositions ou pourparlers quelque chose d'autrement précis que des propositions vagues — et tout cela est une question de mesure, il peut accorder une indemnité pour le dommage causé par la rétractation de l'offre.

42° Nous trouvons d'ailleurs une doctrine assez constante dans la Jurisprudence française sur une catégorie spéciale d'offre que les auteurs appellent *pollicitation collective* (1). C'est l'offre faite à tout le monde et la Jurisprudence lui attache une force obligatoire (2). Il y a des exemples nombreux. Je promets une récompense à celui qui trouvera et me rapportera un objet que j'ai perdu. Cette offre m'engage, on considère qu'il y a eu acceptation tacite de la part de ceux qui m'ont rapporté l'objet perdu. La personne qui me rapporte l'objet aura le droit proprement dit sanctionné par une action. Une entreprise de transports annonce qu'elle transportera des marchandises dans telles conditions, d'après tel tarif. Elle est tenue au regard de ceux qui se présentent pour demander ses services. Une société émet des actions, ouvre une souscription. Elle n'a pas le droit de refuser

---

(1) Ch. BEUDANT. Cours de Droit civil français. Les contrats et les obligations, Paris, Rousseau éd. 1906, N° 82, p. 44.

(2) Parmi les arrêts les plus explicites, Aix, 8 fév. 1853 (D. 1855, 2, 329), Trib. de la Seine, 5 janv. 1869 (D. 1869, 3, 14), Bordeaux, 8 mars 1881 (S. 1882, 2, 63).

tel ou tel souscripteur. Un marchand annonce au public ses conditions de vente soit par la voie des journaux, soit par les prix exposés dans ses étalages, il ne peut pas refuser de traiter avec les personnes qui se présentent pour acheter. Il y a lien — la pollicitation ou l'offre collective vaut engagement. La Jurisprudence explique sa doctrine de la façon suivante : le pollicitant s'est constitué dans la mesure et les conditions annoncées en état permanent d'offre vis-à-vis du public, qu'il s'est mis de sorte à sa disposition et lié par là même, que chacun est censé avoir pris acte de cette partie de la convention à intervenir, de telle sorte que l'offre est acquise à qui veut en profiter. Peut-être y a-t-il dans cette doctrine quelque chose de la théorie de la déclaration unilatérale de volonté. L'offre faite au public reçoit une force obligatoire, on ne peut plus la rétracter si les tiers en ont pris connaissance, il y a une sorte d'engagement unilatéral pour celui qui a fait l'offre. La doctrine de la Jurisprudence française spéciale évidemment pour le cas d'une pollicitation collective se rapproche beaucoup sur ce point de la théorie générale consacrée par l'art. 145 du Code civ. allemand (1) ainsi conçu : « Celui qui propose à un autre la conclusion d'un contrat est tenu à l'offre, à moins qu'il n'ait exclu ce lien ».

43° D'ailleurs même pour les cas d'une offre ordinaire qui cause des dépenses à l'autre partie, la Jurisprudence française — nous le verrons d'une façon détaillée dans la deuxième partie de cette thèse — fait de son mieux pour accorder des dommages-intérêts à la partie lésée lorsqu'il y a eu rupture des pourparlers. Elle affirme en principe l'existence d'une obligation tendant à la

---

(1) Code civil allemand, édition Strasbourg 1900. Traduction Gruber.

réparation du préjudice causé pendant la préparation du contrat, si le fondement qu'elle préfère est celui de la faute au sens de l'art. 1382 du C. civ. largement interprété, il est néanmoins vrai qu'on peut dégager de cette Jurisprudence l'existence d'une obligation précontractuelle, ce qui nous suffit pour le moment.

En conclusion il nous est possible d'affirmer l'existence d'une obligation tendant à la réparation du préjudice subi par une partie qui a eu des frais en vue de la préparation du contrat (nous attirons ici l'attention sur nos développements antérieurs où nous avons défini les actes de préparation d'un contrat), nous nous proposons maintenant d'étudier dans le chapitre suivant quel est le fondement juridique d'une obligation pareille.

## CHAPITRE II

### LE FONDEMENT ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE, SES EFFETS POSSIBLES

44° Après avoir admis qu'il existe dans le droit moderne une obligation de réparer le préjudice causé par la rupture des pourparlers, obligation que nous appelons précontractuelle, pour plus de commodité parce qu'elle naît pendant la période de la préparation du contrat, nous constatons que si presque tout le monde est d'accord pour affirmer l'existence d'une obligation pareille, les opinions sont très divisées en ce qui concerne sa nature. Comme ces discussions ne sont pas seulement d'une importance théorique, car il est très important

de connaître le fondement d'une obligation pour fixer son étendue nous allons parcourir les différentes opinions émises à ce sujet. M. Roubier (1) a fait une étude très approfondie de la question de la responsabilité précontractuelle, une notion trop vaste pour le cadre limité de notre thèse ; en tant que cette notion nous est utile pour la question qui nous occupe, elle nous donne des indications très précieuses quant aux différentes opinions concernant la responsabilité précontractuelle ; il y a d'autre part des opinions plus récentes que celle de M. Roubier et les opinions citées dans sa thèse de 1911, opinions dont nous sommes obligés de tenir compte. Il est délicat de dégager une idée précise de cette multitude de théories, admettant des fondements les plus différents, elle se font aussi la critique réciproque. Pour arriver à dégager quelques idées directrices de cette masse d'opinions nous les grouperons suivant qu'elles admettent un fondement plus ou moins commun. Nous pouvons constater qu'il y a des opinions tendant à admettre une base contractuelle. Nous trouverons ensuite d'autres qui prétendront qu'il y a à la base de l'obligation précontractuelle la notion de faute délictuelle ; il y a aussi des opinions qui voient dans une obligation pareille la consécration de la bonne foi et de l'équité dans les rapports du commerce ou bien l'application des usages ; enfin il y a une tendance à créer un fondement précontractuel *sui generis*. C'est d'après cette division des opinions que nous examinerons les différentes théories de la Doctrine.

---

(1) ROUBIER. *Op. cit.*

SECTION I. — LES THÉORIES ACCORDANT A LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE UN CARACTÈRE CONVENTIONNEL.

§ 1. — *Théories à base contractuelle pure.*

45° Une doctrine assez puissante voit dans l'obligation qui résulte de la préparation du contrat une obligation à base contractuelle. Les opinions diffèrent sur l'explication de ce fondement contractuel mais en principe pour tous ces auteurs il prend sa racine dans la volonté des parties. *Ihering* (1) a montré dans sa fameuse dissertation sur la « culpa in contrahendo » que la partie qui entrée en pourparlers avec une autre n'apporte pas à ces pourparlers pour la conclusion du contrat les plus grands soins, commet une faute. Le résultat de cette faute diffère selon ses conséquences plus ou moins fâcheuses. C'est peut-être la nullité du contrat pour une cause ou un vice inhérent à sa conclusion, une des parties trompant l'autre sur sa capacité de contracter, c'est aussi peut-être la rupture injustifiée des pourparlers qui cause un préjudice matériel appréciable à la partie qui a fait des dépenses, comptant sur la conclusion du contrat. Le préjudice, ayant sa source dans la préparation du contrat, doit être réparé sur la base du contrat qu'on préparait. La « culpa in contrahendo », c'est une faute commise à l'occasion de la conclusion d'un contrat on doit l'apprécier autrement que la faute aquilienne. Conséquences pratiques d'une pareille doctrine : la réparation se fait en vertu du contrat préparé quoique non conclu ou nul, c'est l'action du contrat qui permettra de réclamer les dommages-intérêts. La base de cette action étant la responsabilité contractuelle, il n'y aura pas lieu

---

(1) *IHERING. Op. cit.* p. 77 à 83.

de faire la preuve parfois difficile du lien causal, en droit français les dommages-intérêts seront accordés en vertu de l'art. 1147 Code civ. qui comporte un renversement de la preuve en faveur du créancier ; l'adoption de la responsabilité contractuelle comporte aussi d'autres avantages notamment en ce qui concerne la prescription de l'action en dommages-intérêts (1).

46° *Labbé* dans une longue note (2) est partisan de la même doctrine. Dans une affaire compliquée où il s'agissait de déterminer la responsabilité de la femme dotale pour les faits résultant d'un contrat, il arrive à la conclusion que les dommages que la femme dotale peut causer en contractant, tant qu'il n'y a pas délit au sens de l'art. 1382, ce qui engagerait ses biens dotaux, doivent être appréciés sous l'angle de la responsabilité contractuelle, donc n'engagent pas les biens dotaux de la femme, patrimoine inaliénable constituant une entrave à la capacité de la femme dotale (art. 1554. Code civ.). Voici quelques passages de cette note : « Nous pourrions puiser des arguments dans le droit romain. Dans les contrats régis par la bonne foi (tous les nôtres ont ce caractère, ar. 1134, Code civ.) l'action du contrat servait à la réparation du dommage causé par un dol initial ; elle servait à la destruction du contrat faussé dans son principe par le dol. Il en résultait que l'obligation avait le caractère et les effets d'une obligation contractuelle, bien différente en droit romain du caractère et des effets des obligations nées ex maleficio. Mais les deux législations n'étant pas sous ce rapport absolu-

---

(1) Voir sur ce point les traités élémentaires de droit civ. *JOSSERAND, Op. cit.* Nos 478 à 488. *COLIN-CAPITANT, op. cit.* 5<sup>e</sup> éd. 1928, p. 379 à 381.

(2) Sous-Pau, 2 juin 1880, S. 1882,2,249; voir aussi sa note sous S. 1886,1,1.

ment identiques nous préférons produire d'autres raisons.... Le dol qui altère l'exécution du contrat est ni plus ou moins étranger au contrat que le dol qui altère sa formation »... « D'autre part quiconque se met en relation avec un autre pour la formation d'un contrat, s'engage implicitement à agir loyalement dans les pourparlers préliminaires et dans l'exécution. Lorsqu'un dol se trouve, l'autre partie, la partie trompée, est autorisée à dire à son adversaire : Vous avez violé le contrat, vous avez manqué à la foi du contrat qui doit régler les hommes dans leurs rapports contractuels. Je n'ai pas reçu de vous un dommage seul, j'ai éprouvé un manque de foi, c'est-à-dire une contravention à la foi du contrat. D'autre part, celui qui contracte doit examiner les qualités des personnes avec lesquelles il se met en relation. Il n'est pas dans la situation d'un tiers victime d'un délit »... « Les dols ou les fautes commises par la femme dotale en contractant — soit dans la formation soit dans l'exécution du contrat ne sont pas des délits ou des quasi délits ».....

*Ihering et Labbé* se rencontrent dans leur Doctrine, basée sur le fait que déjà en droit romain la réparation des dommages causés par la conclusion du contrat se faisait dans les contrats de bonne foi par l'intermédiaire de l'action du contrat, ils concluent que les dommages causés après que deux parties se sont mises en rapport pour contracter doivent être réparés en vertu d'une responsabilité contractuelle.

47° Leur opinion semble suivie par *Aubry et Rau* (1), où nous lisons : « Du reste celui qui a accepté les offres

---

(1) *Op. cit.*, Tome IV, § 343, p. 483.

dans l'ignorance de leur rétractation ou de leur anéantissement et qui, par suite de cette acceptation a fait des dépenses ou éprouvé des pertes, est en droit de réclamer des dommages-intérêts. » Comme ces auteurs ne visent nullement un élément de faute délictuelle, il nous est permis de croire qu'eux aussi admettent la responsabilité contractuelle à la base de l'action en dommages-intérêts et ceci sous la réserve d'une autre interprétation possible, parce que la seule chose certaine que nous trouvons dans le passage cité, c'est l'affirmation de la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts.

Mais cette théorie, que la responsabilité, en vertu de laquelle les dommages causés par la non conclusion d'un contrat ou par son annulation sont réparés, est de nature contractuelle, parce qu'elle naît au cours de la conclusion ou préparation du contrat, quoique séduisante par sa simplicité, pêche justement parce que trop simpliste. Il paraît curieux en effet de se trouver en présence d'un contrat nul ou même pas encore conclu, qui en tant que contrat ne produise aucun effet, mais que néanmoins, on qualifie la responsabilité de contractuelle plaçant la période de préparation sous le toit du contrat inexistant (1). *Saleilles* a fait remarquer la fragilité d'un raisonnement pareil : « Comment donc parler ici d'un contrat spécial qui serait déclaré nul — tandis que la convention de responsabilité subsiste ? Tout tombe puisque la révocation fait disparaître la volonté de l'une des parties avant que la volonté de l'autre l'ait rencontrée » (2).

---

(1) BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE. *Op. cit.* p. 48.

(2) SALEILLES (R.). *Théorie générale des obligations d'après le Code civ. allemand*, 3<sup>e</sup> éd. Paris 1914, N<sup>o</sup> 157, p. 169.

§ 2. — *Théories à base contractuelle spéciale et quasi contractuelle.*

48° Pour éviter les critiques qui peuvent toucher l'affirmation pure et simple d'une responsabilité contractuelle d'autres auteurs, tout en défendant cette conception, ont essayé de trouver des explications plus fines.

*Scheurl* (1) dans une théorie assez originale explique la responsabilité contractuelle par l'application des règles du mandat. L'offre de contracter est une invitation de faire le contrat respectif, mais aussi de faire certaines choses, de déployer une certaine activité en vue de permettre la formation et l'exécution du contrat. Cette invitation contient donc à la fois une proposition — on propose un contrat — et un mandat, l'invitation de faire des dépenses et travaux dans l'intérêt du contrat donc dans le commun intérêt des deux parties. Si l'offre est révoquée, le mandant devra tenir compte au mandataire des frais déjà faits en vue de l'exécution du mandat qui en a été la cause. Quoi de plus facile alors que de récupérer ces dépenses par l'actio mandati contraria (Code civ. art. 1999 et 2000). Parmi les exemples que *Scheurl* donne dans son article nous relevons celui-ci : Un aubergiste reçoit l'ordre de préparer une chambre pour tel jour et telle heure, il l'exécute — refuse même à un voyageur, qui voulait la prendre, de l'héberger — donc a subi une perte de gain — et au dernier moment cet ordre est révoqué. D'après la théorie qu'il défend *Scheurl* accorde à l'aubergiste l'actio mandati contraria pour récupérer la perte qu'il a eue. Si nous poussons plus loin l'analyse de cette théorie nous y voyons une convention spéciale, le mandat — accompagner l'offre de contrac-

---

(1) SCHEURL. — Vertragsabschluss unter Abwesenden dans « Jahrbuch fuer Dogmatik » II, 1858, p. 248 et ss.

ter — convention tacite bien entendu, cette convention permet ex mandato d'établir une responsabilité contractuelle à la charge de la partie qui cause un préjudice à l'autre dans la préparation d'un contrat. Il faut avouer que cette explication est assez ingénieuse. La critique de *Saleilles* ne peut plus s'appliquer ici — car si nous admettons qu'il y a eu un mandat — même si le contrat principal n'est pas conclu ou s'il devient nul, il n'est pas nécessaire que cette convention secondaire, il est vrai, mais spéciale doive tomber aussi. M. *Roubier* (1) en faisant la critique de cette théorie remarque que le mandat est un contrat consensuel qui suppose lui aussi un concours de volonté, le pollicitant qui reprend l'offre empêche le mandat de se former. Mais nous pouvons répondre à cette critique en invoquant l'art. 1985 du Code civ. qui prévoit la possibilité d'accepter le mandat en commençant son exécution. Alors, comme il y a pu avoir ainsi acceptation partielle de l'offre quant au mandat y inclus il y a convention parfaite à cet égard. Continuant sa critique M. *Roubier* montre qu'en admettant qu'il y aurait eu un mandat celui-ci n'a pas été donné dans l'intérêt exclusif du mandant, bien au contraire le mandataire en l'exécutant a fait quelque chose dans son intérêt personnel, il a poursuivi l'acceptation d'un contrat qui lui a été proposé, contrat dont la conclusion était aussi dans son intérêt. Mais à cette critique il est également aisé de répondre. Le mandat pour être valable ne doit pas être donné dans l'intérêt exclusif du mandant. Déjà en droit romain cela fut une question célèbre et le seul mandat qui a été déclaré sans valeur, fut le mandat *tua gratia* (2) — donné dans l'intérêt exclu-

---

(1) ROUBIER. *Op. cit.*, p. 65.

(2) Voyez sur ce sujet la discussion célèbre à propos du Dig. 17,1,2 dans les manuels de Droit romain, qui montrent clairement qu'un mandat donné dans l'intérêt du mandant et mandataire à la fois est valable.

sif du mandataire, or ce n'est pas le cas pour notre hypothèse où les deux parties ont intérêt égal à la conclusion du contrat ce qui présente le type romain du *mandatum mea et tua gratia* valable. Nous ne trouvons d'ailleurs aucune disposition dans les lois modernes, qui exige que le mandat soit donné dans l'intérêt exclusif du mandant. Donc au point de vue juridique pur, cette théorie paraît très soutenable. La révocation de l'offre peut constituer une révocation du mandat, car celui-ci est révocable *ad nutum* sans obligation de payer les dommages-intérêts, mais tout ce qui a été fait ou dépensé par le mandataire jusqu'au moment de la révocation, est protégé par l'*actio mandati contraria*, qui garantit au mandataire le remboursement intégral de tout ce qu'il a dépensé en vue de l'exécution du mandat. M. *Roubier* apporte un dernier argument contre cette théorie, argument qui n'est pas juridique au sens propre du mot mais un argument qui fait appel à la raison et à la bonne logique. C'est qu'il est très difficile de distinguer dans l'offre la proposition de contracter et la proposition mandat. Ce qu'on propose certainement c'est la conclusion du contrat même conscient que son offre peut former le point de départ de certaines dépenses pour le réceptonnaire, l'offrant est loin de se douter qu'il y a dans sa proposition un élément constituant un ordre qualifié mandat. C'est un argument qui porte un coup assez dur à la théorie subtile et ingénieuse de *Scheurl*, à défaut d'un élément de certitude existant dans l'offre il est très difficile d'y voir en pratique un mandat, cela semble un peu trop loin de la réalité des choses.

---

GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 8<sup>e</sup> édition 1929, p. 620 N° 2.  
CUQ. — Institutions juridiques des Romains, Paris 1928, p. 490, § 1<sup>er</sup>.

49° *Thon* qui s'occupe dans un article très savant (1) de la question concernant la responsabilité pour révocation de l'offre adopte un fondement voisin du mandat, mais beaucoup moins satisfaisant. Après un examen documenté des différentes méthodes et théories proposées il arrive à la conclusion que le meilleur fondement serait celui de la gestion d'affaires. Il faut que les dépenses aient été faites dans l'intérêt commun, c'est essentiel. La rétraction de l'offre ne cause pour ainsi dire pas de préjudice à la partie qui n'a fait ces dépenses inutiles que dans son propre intérêt. Donc comme ces dépenses, d'après *Thon*, ont été faites dans l'intérêt commun des parties, on peut considérer que la partie qui a subi le préjudice, s'est constituée gérant d'affaires de l'autre dans la mesure où celle-ci avait un intérêt dans l'affaire. L'actio negotiorum gestorum contraria lui permettra de récupérer ces dépenses.

La partie négative de l'article de *Thon*, partie où il fait la critique des autres théories proposées est certes plus forte que la partie constructive où il propose la gestion d'affaires comme fondement de la responsabilité précontractuelle. Il y a gestion d'affaires si on fait quelque chose pour rendre service à autrui surtout lorsque le maître de l'affaire ignore cette gestion ou ne peut pas y pourvoir par un mandataire. On est gérant d'affaires quant à l'insu d'une personne on lui évite un dommage. En un mot toutes les fois que, sans avoir reçu l'ordre exprès, on déploie son activité dans l'intérêt d'une autre personne il y a gestion d'affaires (2). Même si

---

(1) *THON*. — Die Haftpflicht des Offerenten bei Wiederruf seiner Offerte dans « Archiv fuer die zivilistische Praxis » tome 80-1893, p. 93 et ss. surtout, p. 98.

(2) Sur la gestion d'affaires, Colin et Capitant II, édit. 1928, p. 720.

nous élargissons beaucoup cette notion il nous est impossible de voir dans l'activité déployée à la suite d'une offre de contracter une gestion d'affaires. Où y a-t-il volonté d'agir dans l'intérêt d'autrui ? Celui qui fait ces dépenses agit d'abord dans son propre intérêt ensuite dans l'intérêt du proposant — disons dans l'intérêt commun, mais il le fait à la suite d'une impulsion — étrangère à une gestion d'affaires. Et même si on admettait cette théorie, elle serait parfois d'une utilité pratique assez maigre, car il est difficile d'admettre que seules les dépenses faites dans l'intérêt commun constituent un préjudice réparable — évidemment c'était nécessaire comme point de départ de la théorie —. Alors restent en dehors de l'action de la gestion d'affaires les hypothèses où la réceptionnaire de l'offre agit dans son propre intérêt à la suite de l'offre et son gain manqué par la non-conclusion d'un autre contrat ; et même si nous nous bornons à envisager les dépenses faites dans l'intérêt commun, où commence l'intérêt du réceptionnaire pour lequel celui-ci ne pourra pas intenter son action et où finit l'intérêt de l'offrant, dont la gestion l'oblige à indemniser intégralement le réceptionnaire du préjudice subi de ce chef ? Tout cela montre que cette théorie assez faible est aussi dépourvue d'un grand intérêt pratique (1).

50° La théorie de la gestion d'affaires fait immédiatement penser à celle de l'enrichissement injuste. Quoiqu'on n'ait pas envisagé cette théorie comme un fondement possible d'une action en indemnité pour les préjudices causés par la rupture des pourparlers, il est in-

---

M. PICARD. — La gestion d'affaires dans la Jurisprudence actuelle dans « *Revue Trimestrielle de Droit civil* », 1921 (N<sup>os</sup> 3 et 4) et 1922 (N<sup>o</sup> 1).

(1) ROUBIER. — *Op. cit.*, p. 66.

Intéressant de voir si cette théorie ne peut pas nous fournir quelques éléments précieux. L'application de l'actio de in rem verso permet la réparation d'un dommage, on peut donc recourir à elle si les conditions d'exercice sont réunies. Comme à défaut de tout autre, l'action de in rem verso permet la réparation d'un dommage, il est tout naturel de penser aussi à cette possibilité. Mais la condition essentielle qu'exige son application, c'est que l'appauvrissement du patrimoine de l'une des parties soit le résultat de l'enrichissement du patrimoine de l'autre. Examinée sous cet angle, la question de la réparation du préjudice subi au cours de la préparation du contrat ne semble pas trouver sa solution à l'aide de cette théorie, car s'il est vrai que l'une des parties a subi un préjudice du fait des dépenses inutiles qu'elle a eues pour préparer un contrat qui n'a pas été conclu à cause du retrait de l'offre, cela ne signifie nullement que la partie qui a rétracté son offre et a ainsi causé ce préjudice, se soit enrichie au dépens de l'autre. Mais si jamais un cas de ce genre où il s'agirait d'un enrichissement injuste se présentait devant les tribunaux il est fort probable qu'à défaut d'une autre action les juges accordent le droit d'exercer l'actio de in rem verso (1). Ceci nous a été confirmé par un arrêt très intéressant de la Cour de Poitiers (Poitiers 2 déc. 1907. D. 1908, 2, p. 332) duquel nous reparlerons dans la deuxième partie de la thèse (voyez notre N° 98).

§ 3. — *Théories appliquant la notion de convention tacite.*

51° D'autres théories ont essayé de donner au caractère contractuel de la responsabilité une forme plus sou-

---

(1) ROUAST (A). — Etude sur l'enrichissement sans cause. Dans Revue Trimestrielle de droit civil de 1922, p. 40 et ss.

ple. Ainsi, comme nous l'avons vu, *Demolombe* (1) parle d'un délai qui est accordé tacitement au réceptionnaire de l'offre pour qu'il puisse réfléchir et répondre à l'offre de contracter et dit que toute révocation pendant ce délai est non avenue si l'acceptation est donnée pendant ce même délai. M. *Demogue* (2) est partisan du fondement contractuel de l'obligation de réparer les dommages causés par la rupture des pourparlers si des dépenses et travaux ont été faits, mais il ne l'admet que sous certaines réserves. Après avoir examiné les différentes théories existantes au sujet de la responsabilité précontractuelle il conclut ainsi : « Nous pouvons donc établir sur ces diverses solutions une construction générale et dire que l'on répond contractuellement des faits qui ont eu lieu pendant les pourparlers. » En examinant en détail les différentes difficultés pratiques nées à cause des dépenses engagées en vue de contracter l'éminent auteur du *Traité des Obligations* montre qu'il est nécessaire d'examiner les cas d'espèce avec beaucoup de prudence sous peine d'entraver la liberté d'allures que les parties désirent garder au moment de la conclusion des contrats. Pour avoir une construction technique adaptée aux nécessités pratiques, qui doivent être l'idée dominante dans cette matière, il faut adopter plutôt l'idée de contrat tacite, et il n'y aura ainsi remboursement des frais que si les parties ont été tacitement d'accord pour que ces frais aient lieu (3). Ceci nous paraît très raisonnable. En effet il serait exagéré de laisser à la charge de la partie qui rompt les pourparlers

---

(1) *Op. cit.* Tome XXIV, N<sup>os</sup> 65 et 66.

(2) *Op. cit.*, tome V, N<sup>o</sup> 1240.

(3) *Op. cit.*, tome II, N<sup>o</sup> 533 quater, p. 167 et 168.

tous les frais que l'autre partie a engagés arbitrairement, la question de l'indemnité ne peut se poser à notre avis que pour les dépenses nécessaires à la préparation du contrat ; la partie qui a fait l'offre de contracter a dû les connaître le plus souvent et alors nous pouvons parler d'un accord tacite sur ce point. M. Demogue ne fait entrer dans la protection de la responsabilité contractuelle que les rapports d'affaires. Il y a, comme il le remarque très justement, des rapports mondains des obligations mondaines, dont la préparation et l'exécution peuvent donner lieu à des questions analogues de responsabilité. Voici ce qu'il dit à ce sujet : « Lorsqu'il y a rapport mondain il n'y a pas contrat (gentleman rider, transport bénévole, concert de bienfaisance), mais les principes des arts. 1382 et suiv. les responsabilités pour faute prouvée ou présumée continuent en général à s'appliquer. Le rapport mondain exclut donc la responsabilité contractuelle non la délictuelle. En outre il contient souvent une acceptation du risque aidant à exclure toute responsabilité pour un sport dangereux mais admis par les usages (football, etc.) (1).

MM. *Planiol et Ripert* arrivent à des conclusions analogues à celles de *Demolombe*. En examinant la source de l'obligation particulière de l'offrant antérieure à la formation du contrat, ils critiquent les théories proposées qui ont leur pilier dans l'application de l'art. 1382. Voici l'analyse qu'ils font (2) : « L'offre contient deux choses, a) une proposition principale qui a pour objet le marché à conclure et b) une proposition secondaire qui accorde un délai pour réfléchir. La personne à laquelle

---

(1) *op. cit.*, tome II, p. 204.

(2) *PLANIOU-RIPERT*. — *Traité élémentaire de droit civil*, 11<sup>e</sup> éd., Paris 1931. Pichon éd., tome II, N<sup>o</sup> 983, p. 378.

l'offre est adressée n'a aucune raison de ne pas accepter cette dernière proposition, qui n'a rien que d'avantageux pour elle, puisqu'en acceptant elle ne s'engage à rien et conserve encore le droit de rejeter la proposition principale. On doit donc présumer son acceptation en ce qui concerne l'offre du délai pour réfléchir ou ce qui revient au même, admettre pour cette offre une acceptation tacite et immédiate ».

52° Dans ces théories qui parlent d'un consentement tacite, d'une convention tacite, il y a ceci de dangereux, qu'on ne peut pas établir toujours l'étendue exacte de ce consentement ou de la convention tacite. Ce consentement tacite peut donner lieu à des interprétations différentes. Ainsi *Larombière* nous parle d'une obligation que l'offrant assume tacitement de ne pas révoquer l'offre, mais de l'autre côté il prétend que l'art. 1382 est suffisant pour obtenir la réparation du dommage causé par la rétractation. Il nous donne sa théorie sous la forme suivante (1) : « Comme entre la proposition et l'acceptation il y a toujours place à rétractation, surtout quand on traite par correspondance, celui qui par sa rétractation a causé quelque préjudice à l'autre devra le réparer, non pas en vertu d'un contrat, ni à titre de l'inexécution du contrat, mais en vertu de l'obligation qu'il s'était tacitement imposée de ne point révoquer ses intentions jusqu'à l'expiration du délai nécessaire pour recevoir une réponse. Doivent être compris dans cette indemnité les frais d'expédition, de port de lettres, la perte résultant de la baisse des marchandises demandées et non vendues en un mot tout le dommage que l'autre partie aura

---

(1) LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code Napoléon, Paris 1885, tome I, N° 24.

éprouvé. Les termes généraux de l'art. 1382 suffisent pour fonder cette action. » Dans l'opinion du savant magistrat, nous relevons simplement trois idées assez contradictoires. Il n'y a pas de contrat — il y a cependant une obligation tacitement assumée et proposée à l'autre partie par la voie de l'offre et ce qui paraît le plus contradictoire le fondement de la responsabilité se trouve dans le texte de la responsabilité délictuelle l'art. 1382 (« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ») !

§ 4. — *Théories qui prennent une déclaration unilatérale de volonté comme point de départ.*

53° La nature contractuelle de la responsabilité qui résulte de la préparation du contrat s'affirme aussi dans la théorie adoptée par MM. Colin et Capitant. Adoptant un point de vue plus large dans leur explication ils envisagent la force obligatoire de l'offre en elle-même. Après avoir réfuté la doctrine qui accorde à la responsabilité précontractuelle un caractère délictuel ils concluent d'abord à l'existence d'une convention tacite entre les parties quant au maintien de l'offre pendant le délai d'usage pour réfléchir et répondre, — tout comme la doctrine traditionnelle — mais ils ajoutent : « Il faut aller plus loin et dire : L'auteur de l'offre tout en ayant le droit de la retirer, sauf pendant le délai d'option accordé à l'autre partie, doit être considéré, du moment où il n'use pas de cette faculté de rétractation, comme ayant été lié dès que s'est manifestée sa volonté unilatérale de s'obliger et par conséquent, avant même que le destinataire de l'offre en ait eu connaissance. On peut

citer plusieurs cas de déclaration unilatérale de volonté, qui nous permettent de dire que la déclaration unilatérale peut se ranger au nombre des sources possibles d'obligations. Ex : la gestion d'affaires et la créance de celui dont les affaires sont gérées — le bénéfice d'une stipulation pour autrui — l'offre de récompense. (Obligativité dans le Code civ. allemand, art. 145, et dans le projet franco-italien, art. 60 si elle est faite par écrit et à durée déterminée) (1).

MM. *Lacour et Bouteron* (2) sont partisans de la même doctrine. Ils critiquent d'abord le fondement généralement admis par les auteurs commercialistes — l'usage — et croient que c'est dans une promesse unilatérale qu'il faut voir la source de la responsabilité précontractuelle. Voici ce qu'ils disent : « Nous croyons que dans le cas actuel il existe à la charge de l'offrant une obligation indépendante de tout contrat et qui à sa source dans une promesse unilatérale. L'offrant ne s'engage pas seulement à exécuter le contrat une fois formé, si son correspondant accepte ; il promet en outre de faire honneur à sa parole, en maintenant son offre pendant le délai voulu. Il s'agit d'une des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles une personne est obligée par la seule manifestation de sa volonté. Si on admet cette opinion il est logique de décider, contrairement à l'opinion de la majorité des auteurs que l'offre ne devient pas caduque au cas de décès de celui qui l'a faite et qu'elle continue à lier ses héritiers (en ce sens Colin-Capitant tome II, p. 272). Mais si avant cette acceptation l'offrant devient incapable ou tombe en faillite l'incapacité de

---

(1) *Op. cit.* 6<sup>e</sup> éd. Tome II, p. 271 et 272.

(2) L. LACOUR-J. BOUTERON. — Précis de droit commercial, 3<sup>e</sup> édition, Paris 1925, Dalloz, éd. Tome I, N<sup>o</sup> 743.

l'une des parties empêchera que le contrat puisse se former... »

54° Dans cette doctrine il y a une notion nouvelle qui s'ajoute aux conceptions classiques — la force obligatoire de l'offre une fois émise, l'engagement unilatéral de celui qui fait l'offre — au profit de qui veut contracter. Cette conception moderne consacrée par l'article 145 du Code civ. allemand ne peut être acceptée en droit français que d'une façon exceptionnelle, car les principes fondamentaux du Droit français sont trop rivos à la notion de contrat formé par un accord de volonté librement consenti. Néanmoins comme ces auteurs le font très justement remarquer dans les cas exceptionnels qu'on doit admettre cette théorie, elle est très utile et commode, car elle seule peut donner une explication satisfaisante aux sollicitations collectives, à la promesse de récompense, à la stipulation pour autrui à l'obligation du signataire d'un effet de commerce, vis-à-vis de tous les porteurs ultérieurs. Pourquoi ne pas admettre cette théorie dans notre matière ? Mais ce qui semble un peu dangereux dans une pareille doctrine c'est la difficulté d'interpréter l'étendue exacte d'une pareille promesse unilatérale. Qu'est-ce qu'on promet exactement ? De ne pas retirer l'offre avant le délai nécessaire pour répondre ? Cela reviendrait au même que dans la doctrine traditionnelle de la convention tacite qui accompagne la proposition de contrat. S'oblige-t-on à maintenir toujours l'offre avant qu'un refus d'acceptation ne soit pas parvenu à l'adresse de l'offrant ? Cela signifie l'abdication complète au droit de révocation, chose inadmissible. Ce qui serait le plus intéressant pour nous c'est de pouvoir dire en appliquant cette théorie que l'offrant

s'engage par une déclaration de volonté unilatérale, de réparer tous les préjudices que son offre peut causer à ceux qui sont entrés en pourparlers avec lui. Cette solution correspondait le mieux avec la notion de bonne foi dans les relations commerciales mais dans un domaine où la spéculation excelle, il faut se demander si c'est vraiment l'intention de l'offrant dans n'importe quel contrat (exception faite pour les cas exceptionnels où on peut appliquer cette théorie) d'offrir à son correspondant une promesse unilatérale, un engagement unilatéral tacite de sa part, portant sur l'obligation de réparer tous les préjudices résultant de la rétractation de son offre.

Nous avons ainsi terminé l'exposé sommaire de la doctrine, qui voit dans la réparation des dommages causés pendant la préparation du contrat un acte de volonté tacite présumée pour déclarer que la responsabilité qui sanctionne l'obligation de réparation est de nature conventionnelle. La doctrine qui voit dans la responsabilité précontractuelle la sanction d'une obligation de nature contractuelle ou quasi contractuelle s'expose aux critiques des partisans de la théorie à base délictuelle.

## SECTION II. — THÉORIES QUI ACCORDENT A LA RESPONSABILITÉ UN CARACTÈRE DÉLICTUEL.

55° Un certain nombre d'auteurs prétendent qu'on ne peut pas concevoir en droit français une responsabilité autre que celle découlant de l'art. 1382 s'il n'y a pas eu une convention expresse ou tacite entre les parties. Donc s'il n'y a pas eu de faute dans la préparation du

contrat, pas de réparation pour le préjudice subi. La faute est celle dont parle l'article 1382, faute délictuelle pour intenter l'action en dommages-intérêts il faut prouver la faute, prouver le lien causal entre la faute et le préjudice dont on réclame la réparation. L'application de l'art. 1382 c. civ. dans notre matière n'est pas dépourvue de tout intérêt pratique, car il est plus aisé d'intenter une action délictuelle quand on se place sur le terrain de la capacité (les incapables sont tenu de leurs délits, art. 1310. Code civ.) aussi les dommages-intérêts couvrent intégralement le préjudice subi. Les débiteurs d'une action délictuelle sont tenus solidairement et il est en principe impossible de déroger à cette responsabilité par des clauses d'exonération (1). Tous ces avantages nous paraissent cependant de peu d'importance si nous envisageons la condition essentielle de l'action en dommages-intérêts — la preuve de la faute.

§ 1. — *Fondement délictuel pur et simple.*

56° Ainsi MM. *Planiol, Ripert et Esmein* après avoir critiqué les théories existantes concluent que seule une faute peut motiver une pareille responsabilité : (2) « La rupture des pourparlers peut engendrer une responsabilité mais seulement si eu égard aux circonstances elle est accompagnée d'une faute. S'il est par exemple établi que l'auteur de la rupture a laissé l'autre partie faire des dépenses sans qu'il avait l'intention ferme de traiter avec elle il commet une faute ».

M. *Mazeaud* s'occupe du problème de la responsabilité précontractuelle dans un article où il étudie la res-

---

(1) Voir à ce sujet *JOSSERAND, op. cit.*, tome II, N° 481.

(2) *Op. cit.*, tome VI, p. 176.

ponsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Amené à discuter la question, il pose d'abord le problème (1) : « Nombreux sont les problèmes de responsabilité soulevés antérieurement à la formation des contrats ; s'agit-il alors de responsabilité délictuelle ou contractuelle ? Pour que la question se pose, il faut nécessairement supposer deux personnes qui se sont rapprochées dans le but de passer un contrat. On en est à l'époque des pourparlers ou période de précontractuelle. Mais les choses restent là. Les pourparlers n'aboutissent pas ; l'accord n'est pas conclu. Il se peut que cet échec cause un préjudice à l'un ou à l'autre des « contractants manqués ». Par exemple l'un d'eux a pu, comptant sur le contrat en préparation, laisser passer une occasion intéressante de traiter avec un tiers. Une question de responsabilité va donc se poser, sera-ce sur le terrain contractuel ou délictuel ? » Le problème nettement posé l'auteur adopte le point de vue délictuel : « Puisque il n'y a pas de contrat il semble illogique de vouloir parler d'une responsabilité contractuelle (2). » Faisant la critique des opinions qui plaident en faveur de la nature contractuelle il termine ainsi (3) : « Mais c'est une conception qui ne va pas bien avec celle du droit français, qui connaît un principe général de responsabilité délictuelle susceptible de jouer dans toutes les situations. On pourrait donc rejeter la nature contractuelle de la responsabilité pour adopter la nature délictuelle. » En concluant (4), cet auteur trouve qu'on ne peut pas

---

(1) MAZEAUD. Etude de la responsabilité dans « *Revue Trimestrielle de droit civil* » 1929, p. 551 et ss. 1) N° 21 ; 2) N° 22 ; 3) N° 23 ; 4) N° 28.

Dans leur excellent ouvrage récemment paru M. M. H. et L. MAZEAUD maintiennent le point de vue exprimé dans l'art. cité — voyez à ce sujet.

MAZEAUD (H. et L.). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*. Paris 1931. Sirey éd. tome I, N° 116 à 121.

se baser sur le terrain contractuel s'il n'y a pas eu un contrat ou un accord de volonté préalable il faut toujours alors appliquer la responsabilité délictuelle où le préjudice ne pourra pas trouver sa réparation sans qu'il y ait eu une faute.

*M. Meignie* (1) dans une thèse intitulée « Responsabilité et contrat » soutient une opinion identique. Il ne peut arriver, après un examen de la doctrine et jurisprudence, à aucune autre conclusion que la responsabilité délictuelle seule peut servir de base à une obligation de réparation extra contractuelle. L'art 1382, texte général sanctionne toutes ces obligations mais pour cela il faut qu'il y ait un préjudice causé par une faute.

57° *M. Lalou* (2) dans son ouvrage sur les questions de responsabilité, est lui aussi partisan de cette théorie. Quand il parle de la faute commise dans la formation du contrat il la qualifie de délictuelle : (a). « Si avant qu'un contrat soit formé et pratiquement dans les pourparlers préliminaires l'une des parties commet une faute, il ne peut pas dans cette période précontractuelle être question de responsabilité contractuelle. Par suite si le contrat déjà formé est annulé l'obligation des parties ne pourra être que délictuelle. En général les rapports entre contractants sont régis par les principes de la responsabilité délictuelle quand une faute est commise et prouvée avant le contrat, après le contrat et à côté du contrat ». Plus radical dans ses affirmations cet auteur déclare plus loin : « (b). Le retrait d'une offre peut donner lieu à des dommages intérêts si le pollicitant s'est engagé à maintenir son offre un certain temps, le re-

---

(1) MAIGNIE. Responsabilité et contrat. Thèse Lille 1924), p. 133 et ss.

(2) LALOU (H.). La responsabilité civile, Paris 1928.

a) § 279, p. 177, b) § 438, p. 221.

trait avant terme l'oblige vis-à-vis des tiers lésés à des dommages-intérêts fondés d'après les uns sur l'art. 1382 puisqu'il n'y a pas de contrat, et après d'autres... sur l'inexécution du contrat puisque l'acceptation intervenant à un moment où la pollicitation aurait dû être maintenue forme le contrat. Si au contraire la pollicitation a été émise sans stipulation de délai son retrait est un droit lequel ne peut donner lieu à des dommages-intérêts... » Sur cette deuxième opinion, que nous avons qualifiée de radicale nous faisons l'observation suivante : Les auteurs qui adoptent la base délictuelle de la responsabilité, que nous étudions, déclarent en général, qu'à défaut d'une convention, seule la responsabilité pour faute peut donner lieu à l'ouverture d'une action en dommages-intérêts. Si le pollicitant s'est engagé à maintenir son offre pendant un délai quelconque, il y a certainement une déclaration de volonté de sa part qui par suite de l'acceptation certaine de la part du réceptionnaire se transforme sur ce point en convention au moins tacite (1). Pourquoi alors déclarer que c'est la responsabilité délictuelle qui doit s'appliquer ? C'est trop radical, car dans la pensée des auteurs qui soutiennent la doctrine à fondement délictuel cette responsabilité s'applique plutôt pour le deuxième cas visé par M. Lalou quand aucune stipulation de délai n'accompagne la pollicitation.

M. Niboyet (2) arrive à des conclusions analogues. Après un examen très complet de la question de la responsabilité précontractuelle il trouve qu'en droit fran-

(1) PLANIOL-RIPERT. *Op. cit.*, tome II, p. 378, cité dans cette thèse, p. 69.

(2) NIBOYET (J). Questions sur la responsabilité. Cours de Doctorat professé 1930-1931, éd. « Les cours de Droit » Paris, 3, pl. de la Sorbonne, p. 88-99.

a) p. 93 et 94 — b) p. 98.

çais seule la responsabilité délictuelle peut donner lieu à la réparation du préjudice causé pendant la préparation du contrat. Critiquant la doctrine qui essaye de donner un autre fondement à cette responsabilité il dit : « On peut faire à la théorie de la responsabilité précontractuelle l'objection qu'elle est une tentative pour placer, non pas ceux qui ont contracté, mais ceux qui vont contracter dans l'ambiance juridique du contrat. Mais il ne suffit pas de se mettre à l'ombre juridique du contrat pour que le rayonnement du contrat se produise. Ceux qui vont contracter sont comme ceux qui se trouvent à l'extérieur d'une maison, par rapport à ceux qui sont à l'intérieur. C'est seulement lorsque les consentements ont été échangés, lorsqu'ils se sont rencontrés qu'il y a contrat. Tout notre droit repose sur une différenciation entre deux responsabilités qui n'ont pas une nature différente, mais qui ne sont pas les mêmes : la responsabilité entre les personnes qui sont liées par un contrat et la responsabilité entre personnes en dehors de tout contrat. La loi a créé pour ceux entre lesquels il n'existe pas de contrat l'art. 1382 c. civ. Tant que le contrat n'existe pas les futurs contractants sont suffisamment protégés par le droit commun de l'art. 1328 ». Concluant sur cette question il a ajouté : « il ne reste place que pour l'art. 1382. Le seul effet de la faute commise in contrahendo pendant qu'on négocie pour contracter, en vue de contracter est de réparer le préjudice causé au cas de contrat nul, ou de contrat sur offre, qui ne s'est pas formé. Il faudra prouver la faute de celui qui dans la période préparatoire au contrat s'est rendu coupable de ces agissements. Puis la réparation sera celle qui découle de l'art. 1382 ».

58° Cette doctrine s'appuie sur des arguments très solides. En droit français en effet l'art. 1382, c. civ. est le seul texte général qui prévoit la réparation d'un dommage et qui puisse s'appliquer à toutes les hypothèses mais il faut prouver la faute qui a provoqué le préjudice. Très souvent il y a une faute dans la révocation de l'offre et la Jurisprudence comme nous le verrons favorable à cette doctrine accordera une indemnité. Mais le reproche qu'on peut adresser à cette doctrine c'est de ne pas tenir compte des nécessités de la vie des affaires, car souvent la rupture des pourparlers s'est faite sans aucune faute et alors cette doctrine refuse à la partie lésée la réparation du préjudice qu'elle a souffert. Ceci a été très justement remarqué par MM. Colin et Capitant : (1). « On résoud la question par la question. Il s'agit de savoir si oui ou non le pollicitant avait le droit de rétracter son offre avant l'expiration du délai. Si oui il n'a pu encourir de responsabilité délictuelle en usant de son droit dans des conditions normales. » Vivante (2) dans son *Traité de Droit commercial italien* fait la même remarque. D'où nous concluons sur cette théorie de la responsabilité à base délictuelle pure et simple, que très juste pour le cas où il y a une faute — et alors elle ne fait aucune innovation parce qu'il s'agit d'un principe général — elle exclut totalement les hypothèses assez fréquentes où aucune faute n'accompagne la rupture des pourparlers et le préjudice qui en résulte.

§ 2. — *L'abus des droits comme fondement théorique.*

59° M. Josserand qui par sa théorie de l'abus des droits (3) a donné une nouvelle ampleur et beaucoup de sou-

(1) *Op. cit.*, tome II, p. 271.

(2) VIVANTE, *Traité de Droit commercial* traduit sur la 3<sup>e</sup> éd. italienne par Escarra, Paris, Giard. éd. 1912, tome IV, N° 1546.

(3) JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris 1905.

plesse à l'art. 1382 propose l'application de cette idée dans notre matière. On comprend sous le nom d'abus des droits l'usage de nos droits dans une direction illégitime. Cet abus peut exister dans l'exercice de n'importe quel droit même dans le droit de garder sa liberté contractuelle, c'est-à-dire de contracter ou de refuser de contracter. Dans son *Traité de Droit civil* il adopte la même idée. Voici ce qu'il dit (1) : « A supposer que l'offre n'est pas obligatoire, son retrait est susceptible d'engager la responsabilité du pollicitant lorsqu'il est injustifié, lorsqu'il ne s'appuie pas sur un motif légitime. On ne veut pas qu'après avoir amorcé le contrat et fait naître un espoir légitime chez le destinataire, le pollicitant puisse se repentir discrétionnairement. Il commet alors un abus du droit de ne pas contracter qui serait sanctionné par des dommages-intérêts. La liberté contractuelle comporte des limites même si on l'envisage sous sa forme négative, il n'est pas permis d'en mesurer. » M. Roubier qui dans sa thèse fait une analyse très approfondie de cette idée qu'il propose d'ailleurs aussi comme base de la responsabilité précontractuelle, montre les avantages de l'adoption d'une idée pareille. L'application pratique de l'idée de l'abus des droits permet de réparer les préjudices causés par le refus de contracter sans motif légitime. La jurisprudence en a fait surtout application en matière de contrat d'adhésion, obligeant ainsi ceux qui refusaient de contracter à le faire si les personnes désireuses de contracter remplissaient toutes les conditions. Des applications intéressantes ont été faites par la Jurisprudence en matière de refus d'embaucher des ouvriers pour des raisons politiques. On peut finalement

---

(1) *Op. cit.* tome II, N° 49.

faire appel à cette théorie pour la rupture abusive des pourparlers.

Cette doctrine est assez séduisante, elle permet d'élargir la notion de faute délictuelle, d'en faciliter la preuve, il suffit dans cette doctrine de faire la preuve d'un abus d'un droit, mais une preuve pareille est néanmoins exigée et souvent il n'y a aucun abus de la part de celui qui a occasionné à l'autre partie des dépenses inutiles par la rétractation de son offre, car « *neminem laedit qui suo jure utitur.* »

SECTION III . — LA SOURCE DE LA RESPONSABILITÉ PRÉ-  
CONTRACTUELLE SE TROUVERAIT DANS LA NOTION DE BONNE  
FOI, ET ÉQUITÉ ET SERAIT CONSACRÉE PAR LES USAGES.

60° Dans la doctrine de M. Josserand, nous trouvons des allusions à la notion de bonne foi et confiance légitime. Il y a un nombre d'auteurs importants qui y ont vu le fondement de l'action en dommages-intérêts.

§ 1. — *La responsabilité à fondement d'équité et de bonne foi.*

Dans les rapports commerciaux il est nécessaire que la confiance et la bonne foi règnent parmi les contractants. Le commerce juridique doit se conformer aux règles de l'équité, qui ne sont pas malheureusement toujours exprimées par des règles du droit positif.

61° Déjà *Pothier* (1) voit dans le fait que la rétractation de l'offre ne doit pas nuire au réceptionnaire une application de l'équité. « *Nemo ex alterius facto praegravari debet* ». C'est donc de l'équité et de la bonne foi qu'il

---

(1) *Op. cit.*, N° 32.

fait la base d'une responsabilité précontractuelle. Comme il était très difficile de trouver la base d'une responsabilité précontractuelle, extracontractuelle sans faute de la part d'une partie — pour satisfaire les exigences de la vie pratique, on a repris cette idée exprimée par Pothier et on l'a développée d'une façon plus ou moins originale. Ainsi *Thöl* (1) dont le *Traité de droit commercial* jouissait d'une grande autorité dans l'Allemagne de la seconde moitié du siècle dernier, dit que l'offrant qui retire son offre dans des circonstances telles que le contrat se fût formé entre lui et le destinataire, doit réparer tout le dommage que le destinataire éprouve pour s'en être tenu à son offre ; car alors celui-ci en effet a un droit en honneur et loyauté selon la bonne foi.

*Vivante* fait une large place à la bonne foi qui doit régir les rapports commerciaux (2) : « Tant que le contrat n'est pas parfait, le proposant conserve le droit de révoquer la proposition. Mais le législateur (ici il fait allusion à l'art. 36 du C. com. italien, dont on a tenu compte dans le projet franco-italien du Code des Obligations art. 3) a tempéré l'exercice du droit de révocation en faisant retomber sur le proposant l'obligation de réparer les dommages que l'autre partie subit par suite de son repentir. Sa proposition a suscité la confiance dans la conclusion du contrat de sorte que celui qui a reçu l'offre a donné des soins avec empressement pour l'exécution. Dans l'intérêt général des affaires la loi le protège dans cet empressement quand celui-ci est accompagné de la bonne foi, non pas parce que le proposant est en faute, il n'y a pas faute en général dans l'exercice d'un droit qui vous appartient mais parce que il faut

---

(1) THÖL. Handelsrecht en 4 volumes, 3<sup>e</sup> édition, Leipzig, 1875 à 1880, tome 1, § 57, p. 242.

(2) *Op. cit.*, tome IV, N° 1546.

protéger la bonne foi de celui qui reçoit les offres et les prend au sérieux ». Plus loin il ajoute (1) : « Le proposant qui révoque la proposition doit remettre l'autre partie dans la condition où elle se trouverait si sa confiance dans la persistance de l'offre n'avait pas été trompée. Par suite on doit lui rembourser tant les dépenses qu'elle a faites et le gain qu'elle a perdu pour ne pas avoir acheté ou vendu au prix plus favorable courant à l'époque de la proposition. » Cette théorie du grand auteur commercialiste italien a une base, un point de départ, l'existence d'un texte légal quoique de rédaction un peu imprécise l'art. 36 Code com. italien. Dans le Droit positif allemand, italien, et roumain (surtout dans ce dernier vu l'art. 37 Code com. roumain) où il y a de tels points de départ, on peut concevoir facilement la construction d'une théorie basée sur la bonne foi et l'équité commerciale sans exiger une faute prouvée. En est-il de même pour le droit français ? Evidemment le principe général de l'équité et de la bonne foi y est représenté par l'art. 1382, mais son application est rendue difficile par la preuve de la faute. Pothier qui affirme le principe de la bonne foi et de l'équité comme point de départ y voit la consécration d'une règle d'équité par les usages de son temps. Il faut avouer cependant qu'en droit français aucun texte plus ou moins précis ne touche à ce point de vue la préparation du contrat.

62° Dans la doctrine française moderne cette idée trouve cependant des défenseurs. *M. Génv* veut qu'on mette tous les rapports extracontractuels sous la protection de la bonne foi qui régit déjà les rapports contractuels. Voici ce qu'il dit dans son beau livre (2) : Il est

---

(1) *Op. cit.*, tome IV, N° 1548.

(2) *GÉNV (F.)*. — Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris 1899, N° 172, p. 529 et ss. en résumé.

nécessaire qu'on assouplisse toute la théorie de la formation des contrats par l'introduction de l'idée de bonne foi, parce que la base psychologique des discussions doctrinales est trop étroite. Historiquement d'ailleurs les termes de contrat de bonne foi et de contrat consensuel se correspondent ; l'auteur voit dans la notion de bonne foi en droit moderne « le pivot moral du jeu des volontés autonomes. » Et si la bonne foi gouverne les relations contractuelles existantes. (Code civ. art. 1134 al 2) — comment lui refuser un rôle important dans les relations contractuelles en voie de formation ? M. E. Levy dans deux articles très intéressants (1) est lui aussi partisan de l'application large de la notion de bonne foi qui est la notion qui domine juridiquement nos devoirs généraux humains. Nous sommes obligés à ne pas corrompre cette notion en trompant la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales. Le point de vue subjectif de la faute est insuffisant pour la responsabilité dans l'exercice de nos droits. Une obligation pèse sur chacun de nous d'avoir une conduite normale si nous voulons que la Société nous protège. Il faut quand nous agissons, que nous sachions à quoi nous en tenir, et notre garantie est dans le sentiment que nous avons agi conformément au droit et dans le sentiment que nous avons aussi que nos semblables agissent conformément au droit.

Le droit se détermine ainsi selon les besoins du commerce juridique, les nécessités sociales dans une époque d'activité intensive notamment comme on n'a plus le temps de douter, on assimilera les apparences aux réalités et le droit individuel subira une éclipse totale ;

---

(1) LEVY (E) : — Responsabilité et contrat, paru dans « Revue critique » 1899, p. 373 et ss. L'exercice du droit collectif, paru dans « Revue Trimestrielle », 1903, p. 102, N° 9.

les nouveaux contrats formels du droit commercial sont beaucoup moins faits pour la protection de la volonté de ceux qui contractent, que dans l'intérêt du crédit, du respect des tiers.

63° Au point de vue doctrinal la notion de la bonne foi est quelque chose de très appréciable, mais quoiqu'en disent ces deux auteurs distingués, au point de vue pratique, l'application de cette notion se heurte à des nombreuses difficultés. *Faggella* (1) nous montre à maintes reprises que cette notion de bonne foi est très difficilement applicable, que c'est une notion qui par sa nature philosophique est trop hautaine pour se mêler pratiquement dans le commerce juridique. M. *Roubier* nous montre très bien dans sa thèse qu'il n'y faut point attacher trop d'importance pratique (2). Il dit que le principe de la bonne foi ne tire sa valeur spéciale, que de l'absence de toute faute imputable au cocontractant, à qui l'on veut cependant imputer la perte ; alors c'est que l'on suppose chez lui un état égal de bonne foi, et ce qu'il faut expliquer c'est pourquoi dans ce conflit des bonnes fois l'une est préférée à l'autre ? Le tiers allègue que sa confiance est trompée par le fait du désaccord de la volonté et la déclaration chez son cocontractant ; mais celui-ci aussi a bonne confiance qu'il exprime sa volonté réelle et n'entend pas être lié par une déclaration qui ne correspond pas à sa volonté. Ces hypothèses de répartition d'une perte entre personnes de bonne foi comptent parmi les plus délicates ; doit-on laisser le risque retomber sur celui qui naturellement le subit (« res-perit domino »), doit-on l'imputer à l'activité dont il est issu ? Doit-on comme dans d'autres théories distinguer

---

(1) *Op. cit.*, surtout, p. 333.

(2) *Op. cit.*, p. 92 et ss.

entre la personne qui veut éviter une perte et celle qui cherche à réaliser un gain. Mais déjà la simple considération de bonne foi est insuffisante pour déplacer l'incidence du risque.

64° Cette remarque est assez juste, il est très difficile d'accorder à une partie une indemnité sur sa bonne foi seule, l'autre partie peut également prétendre à la protection de sa bonne foi et si elle n'est pas de bonne foi on punira sa mauvaise foi qui peut constituer un élément de faute en lui appliquant l'art. 1382. *Hauriou* (1) a trouvé une phrase courte, mais assez caractéristique, pour répondre aux théories faisant état des exigences sociales et de la bonne foi dans les relations commerciales : « Ainsi les nécessités du commerce juridique, où les exigences des situations sociales peuvent être matrices de droits — mais pour engendrer elles ont besoin d'être fécondées par un fait individuel ; admettre qu'à elles seules elles engendrent des droits serait admettre une sorte de parthénogénèse. »

Un auteur allemand très connu vers la fin du siècle dernier a cru trouver dans les textes romains la base d'une garantie légale fondée sur la bonne foi. C'est le droit, déclare *Windscheid* (2), qui impose à l'auteur de la déclaration de volonté l'obligation à la réparation pour une raison de respect de la bonne foi. C'est le droit qui veut que celui qui reçoit une déclaration de volonté puisse compter qu'un contrat pourra naître et être parfait par son acceptation. Cette doctrine a eu une grande influence en Allemagne et a été beaucoup discutée en France. Quant à la base romaine d'une obligation légale fondée sur la bonne foi, nous nous référons à l'étude

---

(1) HAURIU. Déclaration de volonté en droit administratif français paru dans *Revue Trimestrielle* 1903, p. 561, en note.

(2) WINDSCHEID. *Pandekten*, 9<sup>e</sup> éd. Francfort 1906, tome II, § 307, note 5.

très savante de *Thon* (1) qui nous montre qu'il n'y avait pas en droit romain une action générale qui sanctionnait la bonne foi. Si la grande partie des actions en droit romain étaient des actions de bonne foi, cette qualité s'appliquait surtout à l'exécution des contrats (comme l'art. 1134 al. 2 du Code civ.) pour permettre d'adosser au contrat en exécution une autre obligation. Mais il est très difficile de reconnaître l'influence de la bonne foi dans la formation du contrat où nulle obligation déjà née ne peut lui fournir un point d'appui. Et en conclusion *Thon* donne cette formule assez heureuse ; « Le droit (il pense au droit romain) connaît des actiones empti, venditi locati conducti etc. qui toutes sont bonae fidei, mais en vain chercherait-on une actio bonae fidei. » Quant à l'application moderne de l'idée de *Windscheid* où se mêle l'idée de la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté à la notion de la bonne foi nous répétons ce que nous avons déjà dit, en droit français elle est difficilement applicable vu l'absence d'un texte qui justifierait une pareille obligation légale.

65° Au point de vue technique l'adoption de la théorie basée sur la bonne foi comporte des dangers. Doctrine très équitable elle peut influencer le juge par ses conseils précieux, mais elle ne doit jamais aller à l'encontre des règles du droit positif. Le droit positif se caractérise par sa vertu propre de détermination et de sûreté, que l'application intégrale de la notion de bonne foi pourrait mettre en péril. Si les rapports sociaux modernes exigent une confiance entre les cocontractants, qui ne doit pas être trompée, ces rapports exigent avant tout des règles sûres et facilement applicables, afin que tout le monde

---

(1) *Op. cit.*, p. 69.

sache à quoi s'en tenir et ce n'est pas la notion de confiance, notion d'une finesse et subtilité psychologique extrême qui peut fournir une mesure sûre de réparation d'un dommage — il faut bien un fait positif, soit une faute une négligence — enfin quelque chose de « palpable » à côté de la notion de confiance. C'est évident, sur ce point nous adoptons les conclusions de M. Roubier.

§ 2. — *La responsabilité consacrée par les usages du commerce.*

66° Dans la doctrine française on peut remarquer aussi quelques opinions, qui, sans aller jusqu'à la prétention de Windscheid, pour déclarer que la responsabilité qui découle de la préparation d'un contrat existe en vertu d'une soi-disante obligation légale, y voient quelque chose de consacré par les usages du commerce. Il est entré depuis longtemps dans les usages des affaires qu'une certaine loyauté régisse cette vaste spéculation et que les parties contractantes ne se causent pas des dommages à la légère. *Pothier* qu'on cite partout, n'a-t-il écrit son opinion, admettant une réparation pour le préjudice causé par des pourparlers rompus, sous l'influence des usages ? M. *Valery* dans son ouvrage resté classique voit dans la responsabilité précontractuelle l'application d'un principe d'équité consacré par les usages (1) : « C'est l'usage qui autorise l'acceptant à obtenir une indemnité en cas de révocation de l'offre ; on a admis dans le monde des affaires ce droit à une indemnité comme un moyen propre à faciliter les transactions commerciales et à développer le nombre des contrats par correspondance. Cet usage traditionnel n'étant

---

(1) VALERY. Des contrats par correspondance. Paris 1895, p. 179.

contraire à aucune décision législative doit donc avoir force de loi. L'obligation de réparer tout préjudice causé par le retrait de cette proposition est imposé à tout faiseur d'offres par correspondance en vertu d'un accord tacite et unanime de toutes les personnes capables de contracter. On s'y soumet par cela seul qu'on fait une proposition sous cette forme, sans y insérer aucune réserve contraire. L'action de l'acceptant a donc son fondement non dans l'art. 1382 du Code civ., mais dans ses articles 1135 et 1160. En conséquence il n'est pas nécessaire pour obtenir une indemnité d'imputer au proposant d'avoir agi avec mauvaise foi il suffit de prouver que la révocation a eu pour résultat de nuire au destinataire de l'offre. Conformément à l'art. 1149 du Code civ. le montant de l'indemnité à laquelle il a droit doit comprendre le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. »

*Girault* (1) a exprimé quelques années auparavant une opinion à peu près identique.

MM. *Lyon-Caen* et *Renault*, dans leur *Traité de Droit commercial* sont eux aussi partisans de cette doctrine. Leur opinion est peut-être plus réservée que celle de M. *Valéry* (2) : « Selon les usages du commerce, celui qui fait une offre est considéré comme s'engageant à ne pas retirer l'offre avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui elle est adressée puisse y répondre (en ce sens *Demolombe*). Par suite si l'acceptation est faite dans ce délai, le contrat est formé malgré la rétractation de l'offre. Si le contrat n'est pas exécuté des dommages intérêts peuvent être réclamés ; l'usage du commerce sur ce point se justifie par des considérations

---

(1) GIRAULT. *Traité des contrats par correspondance*, Paris 1890, N° 106.

(2) *Op. cit.*, III, N° 15.

d'ordre pratique, car le réceptionnaire de l'offre voulant l'accepter peut faire des dépenses considérables. Quant au délai à défaut d'une convention les juges ont un pouvoir illimité tenant compte des habitudes des parties et des usages. »

67° Il est vrai qu'en matière commerciale les usages ont une très grande force. MM. *Thaller* et *Percerou* (1) en donnent la définition suivante : « Ce sont des conventions tacites ; à l'égard des clauses expresses, elles dérogent aux lois qui ne sont ni impératives, ni prohibitives. Les parties se sont référées à l'usage au moment de contracter et c'est l'usage contrevenant à la loi qui réglera la convention. » Si on peut en matière commerciale déroger par des usages aux lois existantes pourquoi ne pas interpréter les difficultés, qui naissent à l'occasion de la préparation d'un contrat, sous l'empire des usages existants. Mais pour cela il faut que les usages existent.

MM. *Baudry-Lacantinerie* et *Barde* critiquent sur ce point cette doctrine (2) : « Cette explication ne nous paraît pas satisfaisante. D'abord l'existence de l'usage sur laquelle elle se fonde n'est nullement démontrée. La question qui nous occupe n'a été résolue qu'en doctrine. Dans tous les cas, les recueils de Jurisprudence sont muets sur l'usage allégué. D'ailleurs en supposant que celui-ci existât on ne le concevrait qu'en matière commerciale. L'explication n'aurait donc pas une portée suffisante ». MM. *Lacour* et *Bouteron* adressent à la théo-

---

(1) THALLER (E) et PERCEIROU (J). *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8<sup>e</sup> éd., Paris 1931, Rousseau éd. tome I, N° 1000.

(2) *Op. cit.*, Tome I, p. 48.

rie fondée sur les usages d'autres griefs (1) : »... Cette solution serait d'après la majorité des auteurs fondée sur les usages du commerce. Sans doute on peut se référer aux usages lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat, de déterminer l'étendue de l'obligation qui incombe à un commerçant ; mais il faut avant tout, que cette obligation existe et les usages ne suffisent pas pour en expliquer la naissance. »

Si nous lisons les deux articles du Code civ. auxquels se réfère M. Valéry, nous y voyons en effet qu'il s'agit de contrats déjà formés. L'art. 1135 Code civ. nous dit : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » et l'art. 1160 Code civ. est ainsi conçu : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoique elles n'y soient pas exprimées. » Mais si nous faisons abstraction de cela, il n'est nullement dit que les usages ne puissent pas s'appliquer à la formation du contrat surtout là où les lois sont complètement muettes sur ce point. Mais la grande difficulté est de valoir si de tels usages existent. La Jurisprudence comme nous le verrons ne l'affirme pas nettement, mais elle ne repousse pas cette idée.

#### SECTION IV. — RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE SUI GENERIS.

##### *Théorie de Faggella.*

68° Parmi les différentes théories soutenues en rapport avec notre sujet, il y en a une qui a un mérite de grande

---

(1) *Op. cit.*, tome I, N° 743.

originalité, c'est la théorie de *Gabrielle Faggella* (1), qui a construit une responsabilité précontractuelle sui generis. C'est une étude très approfondie sur la formation du contrat, psychologique, économique et juridique à la fois. Nous en résumerons seules les idées qui visent directement notre sujet. Après avoir analysé au point de vue psychologique les différentes phases de la préparation du contrat (il divise la période précontractuelle en trois phases) ; *Faggella* donne un aperçu pratique très saisissant de notre question (2). Les parties arrivent au cours des pourparlers pour leur contrat à des accords de volonté, qui, sans être de nature obligatoire, ne doivent pas avoir le caractère de simples projets « en l'air ». Ces pourparlers font naître entre les parties des relations plus serrées, relations qui sortent de la sphère des pourparlers mondains pour rentrer dans la sphère du droit, sans cependant être d'une nature obligatoire telle que les parties seraient privées du droit de ne pas conclure le contrat. Pour le cas où le contrat n'est pas conclu, où la partie dont le consentement fait dépendre le contrat se retire, il n'y a ni possibilité de demander l'exécution de l'offre, car il n'y a même pas un avant contrat, ni possibilité de demander des dommages-intérêts pour la rupture des pourparlers s'il n'y a pas eu une faute de la part du révoquant.

69° Mais il arrive souvent que pendant les pourparlers il n'y ait pas eu que des simples conversations ou échanges des lettres, il est possible que l'une des parties ait eu des frais des dépenses d'argent ou de travail, soit par la confection de plans et devis, d'échantillons et

---

(1) Gab. FAGGELLA. *Op. cit.*

(2) Gab. FAGGELLA. *Op. cit.*, p. 297 et ss. (surtout N° 31 et ss.).

maquettes en un mot une perte patrimoniale momentanée. Ici alors se pose nettement le problème de la responsabilité de celui qui par son refus de contracter a anéanti la conclusion du contrat et a fait de sorte que cette perte patrimoniale provisoire devienne un préjudice. Il est possible que des conventions spéciales soient intervenues entre les parties, ou que la partie qui a eu ces dépenses ait un recours pour une raison juridique comme la gestion d'affaires ou l'enrichissement injuste — alors la responsabilité se détermine d'après ces règles spéciales. Les travaux de préparation du contrat, faits en vue de la conclusion du contrat projeté, sans qu'il y ait une convention spéciale, ont une situation juridique plus délicate ; elle est déterminée en grande partie par le caractère de la rupture des pourparlers. Il faut d'abord examiner la façon dont les pourparlers ont été rompus pour voir si de ce chef il n'y a pas moyen de réclamer une indemnité. On peut parler d'une rupture objective des pourparlers si l'une des parties reçoit une offre d'une autre personne, offre plus avantageuse, ou au moins aux mêmes conditions que l'offre primitive, mais avec des plus grandes chances et garanties d'exécution ou même la possibilité d'une plus grande extension des affaires. Si les pourparlers sont rompus pour des raisons autres que ces raisons objectives, il y a une responsabilité qui naît et qui doit permettre à celui qui a fait des dépenses de rentrer dans ses fonds. Les dépenses diverses ne sont bien entendu que celles qui ont été faites dans l'intérêt du contrat, pour faciliter la conclusion du contrat. Des travaux qui ont été faits avant que les parties se soient rencontrées sur le chemin du contrat ne comptent évidemment pas. Ceci notamment

pour des plans, projets et choses qui sont faits pour servir de modèle à tous les contrats qu'une partie est obligée de conclure par sa profession ou des travaux faits en vue de participer à un concours. Ceci est nouveau dans cette doctrine, elle exclut complètement le fameux « intérêt négatif » — (indemnité qui remet la partie lésée dans la même situation patrimoniale qu'elle a eue avant de s'engager dans la voie du contrat), elle ne voit que les dépenses faites dans l'intérêt commun de l'affaire projetée en excluant complètement de sa protection les dépenses qu'une partie a faites dans son seul intérêt parce qu'elle espérait un très grand bénéfice de la conclusion du contrat. Ces dépenses doivent être laissées à sa charge comme risque de la spéculation. Ceci s'explique par le fondement original que Faggella donne à sa responsabilité précontractuelle. C'est le consentement des deux parties d'entrer en pourparlers et par là dans la voie des dépenses nécessaires pour la conclusion du contrat dans l'intérêt commun. Ce consentement contient une garantie tacite de réparer le préjudice causé par la rupture brusque des pourparlers, notamment le préjudice le plus « palpable » les dépenses faites en vue d'arriver à l'accord final. Mais pour cela il est absolument nécessaire que les parties aient manifesté leur consentement d'entrer en pourparlers, il ne suffirait nullement que l'une des parties fasse des préparations coûteuses pour soumettre à l'autre les projets et que l'autre partie ne sache pas d'une façon expresse que ce travail est fait aussi dans son intérêt, il faut que l'autre partie ait nettement déclaré vouloir entrer en pourparlers avec la première.

---

(1) FAGGELLA. *Op. cit.*, p. 334, N° 60.

70° Un peu plus loin Faggella analyse la proposition de contracter (1) et il trouve que cette proposition peut présenter souvent un travail commun des deux parties, car pour arriver à cet état de proposition définitive il se peut que les deux parties aient accompli un travail, dépensé de l'argent, ainsi on pourrait dire que dans ce cas la proposition n'appartient plus à la partie qui peut la retirer, il y aurait du fait d'une révocation de l'offre une destruction d'un bien appartenant au patrimoine d'autrui. Dans son article très bien rédigé, Faggella résume souvent ses idées. Ainsi nous trouvons le résumé suivant qui contient toute sa théorie (2) : « Il y a une responsabilité possible dès les débuts des tractations, elle est fondée sur le consentement des parties de concourir à la préparation du contrat, et sur la possibilité de la destruction d'une valeur patrimoniale causée à celle des parties qui a eu des dépenses. Le consentement à se mettre en rapport contractuel contient l'obligation tacite d'indemniser la partie des dépenses faites et du travail précontractuel effectué. Ces frais, travaux et dépenses doivent être occasionnés par le consentement aux tractations et non pas par leur propre initiative. La racine de la responsabilité n'est ni dans un lien contractuel, ni dans une culpa in contrahendo, ni dans le fait d'assumer une garantie, ni dans un mandat ou gestion d'affaires. Pour compléter la responsabilité on peut concevoir un espoir légitime anéanti par la non conclusion du contrat. La volonté des parties peut alléger la responsabilité. » Faggella conclut avec une remarque très compréhensible parce que lui-même était magistrat : Le droit romain ignorait une responsabilité

---

(2) FAGGELLA. *Op. cit.*, p. 304, N° 38.

pareille sur la voie légale, mais tous ces rapports étaient directement sous l'influence des prêteurs qui par les actions *in factum* accordèrent une protection à ceux qui y ont prouvé la source d'un préjudice. Pourquoi refuser au juge moderne de pallier ainsi aux besoins de la pratique ?

71° L'opinion que Faggella exprime dans son article original, écrit dans une période de grandes discussions doctrinales où les notions les plus modernes furent introduites dans le droit positif, peut se résumer ainsi si nous en comprenons bien le sens. Tout individu qui consent à entrer en pourparlers pour un contrat, du fait de son consentement assume la responsabilité pour la destruction des valeurs patrimoniales qui pourraient en résulter. C'est une sorte de risque contractuel. Celui qui veut contracter assume tous les risques du chef de son consentement aux pourparlers si dans les conditions fixées dans cette théorie on peut parler d'un préjudice. C'est certes très original mais, comme le fait très bien remarquer Saleilles dans la belle étude critique de la théorie de Faggella (1), en droit français à défaut d'un texte précis la seule base qu'on pourrait donner à une pareille responsabilité serait la faute ou un engagement tacite, il est aussi vrai, ajoute-t-il, que dans la plupart des cas visés par Faggella on pourrait parler d'une faute (à plus forte raison aujourd'hui quand la notion de faute a un champ d'application très étendu). Aussi y aurait-il des difficultés inextricables pour le juge si on voulait appliquer cette notion de risque, car très souvent la difficulté sera d'établir pour quelle partie ce risque va jouer. Nous trouvons dans cette théorie beaucoup de logique, mais pratiquement elle nous paraît difficilement

---

(1) SALEILLES. A propos d'une nouvelle étude sur la responsabilité pré-contractuelle, parue dans « Revue Trimestrielle 1907, p. 698 et ss., not. p. 725.

applicable à défaut d'une base, d'un point de départ suffisamment solide.

72° Nous avons ainsi terminé l'exposé des différentes opinions doctrinales sur ce sujet. N'ayant pris que les théories soutenues par les auteurs les plus réputés, devant cette multitude d'opinions diverses il nous est fort difficile de donner la nôtre. Nous insistons principalement sur ce point, que dans notre problème il s'agit de nécessités pratiques. Comme il est équitable que la partie qui a eu des dépenses avec la préparation d'un contrat, n'en subisse pas un préjudice, il faut trouver la meilleure solution possible, de lui accorder une indemnité, solution qui ne doit pas être contraire aux principes du droit positif actuel.

Ce qui importe, c'est de savoir au point de vue économique positif, si un droit à une indemnité de ce chef existe ou non, ensuite, et ceci pour nous, par intérêt juridique et scientifique, sur quels principes on a fondé ce droit à indemnité ou en vertu de quel raisonnement on le refuse à la partie lésée. Faggella a très bien vu ces nécessités pratiques, magistrat, il sait que les juges jouent un très grand rôle dans l'application des principes du droit, qu'ils peuvent suppléer à la carence des textes lorsqu'ils veulent accorder une indemnité basée sur des raisons d'équité. Ces juges, qu'est-ce qu'ils ont fait dans cette matière ? Pour répondre à cette question il est indispensable de parcourir la Jurisprudence, ce que nous faisons dans la deuxième partie de notre étude, que nous intitulons « Partie pratique ». Après avoir fait une étude critique de la Jurisprudence existante nous pourrions conclure plus aisément sur notre sujet.

## DEUXIEME PARTIE

### ÉTUDE PRATIQUE

---

73° Après avoir défini le rapport qui peut naître entre les parties qui préparent un contrat et montré qu'il existe en principe une obligation de réparer le préjudice causé, dans cette partie nous essayerons de montrer l'application pratique qu'on a faite et qu'on peut faire de l'existence d'une obligation pareille.

La jurisprudence française que nous aurons à étudier dans cette partie est parfois hésitante, elle n'accorde pas toujours une indemnité pour les dépenses que la préparation d'un contrat non conclu a occasionnées, quoiqu'il paraisse équitable dans ces hypothèses d'en accorder une ; d'autre part, les arrêts que nous avons pu trouver, arrêts qui restent dans le cadre de notre sujet, ne concernent que quelques questions importantes soulevées pendant la préparation d'un contrat ; nous serons donc obligés d'étendre certaines solutions à des cas analogues. Aussi, comme il s'agit surtout de questions de faits ne faut-il pas s'étonner que la grande partie des arrêts émane des juridictions inférieures et que l'intervention de la Cour suprême soit très rare.

Nous grouperons les différents cas pratiques sous deux titres : dans le premier nous allons étudier les difficultés, qui naissent au sujet des pertes patrimoniales occasionnées par la préparation d'un contrat. Dans le second nous allons nous occuper des accidents qui peuvent avoir lieu pendant la préparation des contrats.

## TITRE PREMIER

### **Des pertes patrimoniales que la préparation d'un contrat peut occasionner aux parties**

73° *bis*. — La préparation d'un contrat peut occasionner des dépenses, frais et travaux, qui lorsque le contrat n'est pas conclu finalement peuvent former une perte patrimoniale pour la partie qui en reste chargée. Nous nous proposons d'étudier dans ce 1<sup>er</sup> titre les solutions que la jurisprudence a données à quelques cas d'espèce, étude critique qui a pour but de dégager quelques idées générales permettant de résoudre des cas analogues lorsqu'il y en a qui se présentent. Déjà dans le droit des personnes nous trouvons une jurisprudence assez étendue qui accorde la réparation d'un dommage occasionné par la rupture d'une entente déjà formée lorsqu'il y a eu des dépenses, j'en fais allusion ici à la jurisprudence en matière de rupture des fiançailles. Mais ceci ne peut pas cadrer utilement dans cette thèse, si ce n'est à titre de comparaison lointaine, car le seul élément commun que ce problème présente avec notre sujet c'est la réparation d'un préjudice causé pour des dépenses devenues inutiles, faites si nous voulons en vue d'un contrat, le mariage. La base de la réparation cependant est différente, car en matière de fiançailles il y a déjà une convention à la base du rapport entre les parties, on peut considérer les fiançailles comme un avant

acte (1). De toute façon il y a une jurisprudence très intéressante sur ce point, dont l'étude peut fournir des points de comparaison avec notre sujet (2).

Les contrats que nous allons étudier sont ceux de la vie des affaires qui rentrent dans le cadre proprement dit du droit des obligations. Nous allons grouper les cas d'espèce dans quelques chapitres, suivant leur caractère plus ou moins rapproché.

## CHAPITRE PREMIER

### LA VENTE ET MARCHÉS ANALOGUES.

74° La préparation d'une vente peut occasionner des frais de nature diverse, soit qu'on soit obligé de faire des voyages, soit qu'on envoie l'objet au futur acheteur, soit qu'on fasse des essais. Ceci nous oblige à préciser que les essais en vue d'une vente et la vente à l'essai ne sont pas deux notions tout à fait identiques. La vente à l'essai dont le Code Civil traite dans son article 1588 est une vente déjà conclue, mais sous la condition que la chose qui en forme l'objet satisfasse l'acheteur qui en prendra connaissance par un essai. Cette vente se caractérise par l'application des effets de la condition suspensive (art. 1182) l'application des effets de la condition suspensive (art. 1182) « pendente conditione », jusqu'à l'essai, les risques de la chose sont à la charge du vendeur (art 1182 et 1601 c. civ.). L'essai une fois accompli et

---

(1) DEMOGUE. — Obligations, tome II, p. 55. LEDUC, *op. cit.*, p. 114 et 220.

DESVOGUES. Des fiançailles et promesses de mariage, Thèse Paris 1914.

(2) Quelques arrêts. — Metz 20 avril 1866 (cité Demogue *loc. cit.*), Paris, 26 juin 1894 (D. 1895 2.86) Trib. de la Seine 30 avril 1909 (Gaz. Trib. 25 Août 1909) Paris 19 oct. 1913 (Gaz. Trib. 1913 2<sup>e</sup> sem. 2.409).

satisfaisant, le droit de l'acheteur remonte au jour du contrat, si donc le vendeur tombe en faillite entre la vente et l'essai, l'acheteur échappe à la loi de la faillite et peut revendiquer la chose contre les créanciers de la masse. Mais en dehors de l'application des effets de la condition suspensive nous sommes en présence d'un contrat parfait, toutes les difficultés, qui peuvent naître, notamment pendant quel délai l'acheteur doit faire l'essai à défaut de convention sur ce point ou si l'acheteur est obligé de prendre la chose si les essais sont concluants, se résolvent en vertu des règles qui régissent les obligations contractuelles (1).

§ 1. — *Des frais inutilement occasionnés par la préparation d'une vente ou d'un autre contrat analogue.*

75° Les essais en vue de la conclusion d'une vente, d'un échange ou d'un marché analogue, c'est des travaux ou dépenses faites en vue de déterminer le futur acquéreur à consentir au contrat. L'essai d'une automobile ou d'un animal donne lieu à une perte patrimoniale pour le vendeur si l'affaire n'est pas conclue, mais normalement cette perte est nominale et il est dans les usages de faire un essai de certaines choses avant de les acheter, cet essai se fait dans l'intérêt même du vendeur et aucune indemnité n'est réclamée si malgré l'essai la vente ne devient pas parfaite, à moins que l'acquéreur futur ne se soit engagé d'une façon plus ou moins imprudente. Il y a cependant des cas plus compliqués. En vue de la vente ou de l'échange d'une chose d'une valeur considérable on est obligé de faire des évaluations cou-

---

(1) Sur ce point GUILLOUART vente Tome P. 2<sup>e</sup> édition, Paris 1890, n° 45, Colmar 17 déc. 1929 (Revue juridique d'Alsace 1930, p. 139).

teuses, des expertises, ce qui constitue une perte patrimoniale appréciable pour la partie qui en a la charge. Une espèce assez intéressante a été jugée par le Conseil d'Etat (Cons. d'Etat 25 Mars 1887) (1). Un propriétaire et l'administration entrent en pourparlers pour échanger des fonds. Le règlement concernant les formalités des échanges auxquels participe l'administration, exige que le fonds proposé à l'échange doit faire l'objet d'une expertise pour en connaître la valeur exacte. Le propriétaire fait procéder à cette expertise. Le projet d'échange ne pouvait devenir définitif que par l'approbation de l'autorité supérieure et celle-ci refuse son autorisation. Le propriétaire réclame une indemnité pour cette expertise faite sans aucune raison. Dans l'espace les circonstances de fait ne lui sont pas favorables, car il résulte nettement qu'aucune faute peut être imputée aux agents de l'Administration, qui l'ont amené à faire procéder à cette expertise pour se conformer aux règlements administratifs, et ont bien précisé que tout dépendra de l'approbation de l'autorité supérieure. Un arrêté de principe du Conseil d'Etat rendant l'administration irresponsable pour son refus d'approbation, cet arrêt est en conformité avec la doctrine de ce tribunal administratif. D'ailleurs le Conseil d'Etat admet que la responsabilité de l'Administration est engagée lorsque la partie a subi un préjudice par son refus d'autorisation, pour le cas d'une faute lourde de l'administration (2). Pour que des essais qui ont lieu pendant la préparation d'une vente puissent créer une responsabilité, il faut donc que la partie qui a laissé faire procéder aux essais

---

(1) D. 1888 5.159.

(2) Cons. d'Etat 29 Juin 1872 (D. 1872.3.4) et 5 déc. 1884 (D. 1886.3.84).

soit en faute ; ceci se justifie aisément, si pour une affaire qui me paraît avantageuse je fais procéder à des essais pour convaincre l'autre partie à consentir au contrat c'est moi qui en dois subir le risque si le contrat n'est pas conclu, mais si l'autre partie me fait faire des essais à la légère sans se soucier de la perte que son refus probable pourra me causer, il y a faute de sa part qui l'oblige à une réparation.

76° Une autre question qui peut se présenter en pratique est relative aux frais qu'occasionne une annonce de vente à la suite de laquelle on fait des voyages ou on engage des dépenses d'une nature différente. Un jugement qui émane d'une juridiction inférieure mais qui est néanmoins très caractéristique est celui du Tribunal de paix de Montmort du 17 Mai 1901 (D. 1905 2,57) relatif à des frais de voyage en vue d'une vente offerte par la voie des journaux. Dans l'espèce il s'agissait d'une annonce faite dans les journaux qu'une vente aux enchères aura lieu tel jour dans tel endroit. Avant cette date le vendeur trouvant un acquéreur lui vend à l'amiable les objets annoncés, et n'informe pas tout le monde que la vente aux enchères n'aura pas lieu. Plusieurs personnes se sont déplacées le jour annoncé et devant l'impossibilité de la vente ont intenté une action en dommages-intérêts contre la personne qui leur a fait faire ces dépenses de voyages. Le tribunal leur donne gain de cause. Constatant le droit pour le vendeur de traiter à l'amiable le jugement le condamne néanmoins pour ne pas avoir averti les amateurs que la vente n'aura pas lieu ; voici quelques passages caractéristiques du jugement : « Attendu que les quasi délits sont des faits par lesquels une personne a par négligence, imprudence, ou

inobservation des règlements, causé un dommage à autrui (C. civ. art. 1383)... Attendu que la faute existe même lorsque la personne n'a eu aucune intention de nuire » la mauvaise foi n'étant pas nécessairement un élément de la faute entraînant responsabilité » (Req. 28 juin 1899. D. 1900. 1458)... attendu que tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (C. civ. art. 1382), attendu en outre que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (C. Civ. art. 1135)... »

« En fait, attendu *que l'équité lui faisait un devoir : et qu'en tous cas l'usage est de prévenir* si on se réserve le droit de traiter avant le jour fixé pour la vente, qu'en effet le but de la défenderesse en faisant la publication était d'appeler les amateurs pour la vente de son attirail. Attendu qu'elle a fait une publicité trop restreinte pour avertir que la vente n'aura pas lieu en comparaison à celle par laquelle elle attirait les amateurs, *attendu qu'en faisant cela elle a commis sans intention de nuire une faute, une négligence qui constitue un quasi délit*, Attendu que cette négligence a été la cause que certains amateurs se sont déplacés et en particulier le sieur Y. cultivateur à... a fait exprès le voyage onéreux dans le but d'assister à la vente annoncée et d'acheter des moutons, qu'ainsi il a éprouvé un dommage dont il peut à bon droit demander compte à la défenderesse... ». Ce jugement très explicite accorde ici à ceux qui ont eu des frais de voyage une indemnité si la non conclusion de la vente offerte était le droit du défendeur ; la révocation de l'offre avant acceptation étant permise, il est

obligé dans notre cas de faire savoir par les mêmes journaux que la vente n'aura pas lieu. Les termes dont le jugement a motivé son opinion sont un peu confus, voulant embrasser trop de textes en sa faveur il s'appuie sur l'art. 1135 qui n'a rien à voir dans cette matière, car il est relatif à l'exécution des conventions déjà formées. L'application de l'article 1383 C. civ. est complètement suffisante, car dans notre cas il y a eu négligence de la part de celui qui n'a pas empêché les amateurs de venir assister aux enchères. Le jugement parle aussi de l'équité et des usages et cela à bon droit, car cette équité est assise sur une base très solide l'article 1383 rendant responsable celui qui par sa simple négligence cause au dommage à autrui.

§ 2. — *De la perte d'un objet déposé en vue d'une vente ou d'un autre contrat analogue.*

77. Très souvent la préparation d'une vente ou d'un autre contrat exige le transport de l'objet afin que celui-ci soit vu par le futur acheteur qui pour le cas de la conclusion de l'affaire le garde désormais chez lui. Il est possible que l'objet s'égare, qu'il souffre une détérioration, la question se pose alors si les risques restent entièrement à la charge du vendeur qui, tant que le contrat n'est pas encore conclu, reste le maître de la chose, le futur acheteur qui en reçoit la livraison, n'est pas le maître de la chose, car l'envoi de l'objet n'a pour but que de préparer le contrat et on ne pourrait pas lui appliquer la règle « res perit domino ».

78° Comme cependant cet envoi se fait souvent à la demande du futur acquéreur, il serait peu équitable de laisser toujours les risques à la charge

du vendeur. Le Conseil d'Etat s'est prononcé dans une affaire de ce genre, la chose étant parvenue entre les mains de l'administration, mais s'étant égarée par la suite, l'administration a été déclarée responsable de ce fait. Un ancien chef de musique militaire hongroise a proposé au ministère de la guerre français de lui vendre des morceaux de musique militaire, le ministère lui demanda alors de lui envoyer ces morceaux à Paris pour les soumettre à un examen, le colis livré au ministère s'égare. Dans son arrêt (arrêt Feix. Cons. d'Etat 12 Janvier 1912, S. 1914.3.107, D. 1914.3.28) le Conseil d'Etat déclare qu'il y a eu une négligence de la part du ministère (art. 1382 et s.) de laisser égarer les morceaux, dont il avait demandé la communication par lettre officielle. Cette solution est équitable, autre chose en effet un envoi qui se fait à la demande expresse du futur acquéreur qui s'oblige par là à prendre tous les soins de l'objet envoyé et autre chose l'envoi qui se fait sans aucune demande, sur l'initiative du vendeur qui veut à tout prix vendre sa chose, procédé qui a un caractère de publicité commerciale, ce dernier procédé est assez fréquent, beaucoup de commerçants envoient aujourd'hui leurs marchandises au domicile de certaines personnes, priant de les leur renvoyer si on ne désire pas les acheter (surtout dans le commerce des produits de beauté). Les objets qui s'égarent, ou toute perte et détérioration qui ne sont pas imputables à la faute du réceptionnaire doivent rester à la charge du vendeur, qui les envoie sans qu'on lui ait demandé quelque chose. Mais dans les cas où l'envoi de l'objet est exigé par la nécessité des choses ou à la demande des parties, il y a une certaine obligation de garde qui naît, et qui peut s'expliquer par l'idée d'un dépôt. Dans l'espèce jugée par le Conseil d'Etat

nous pouvons dire que le ministère de la guerre s'est constitué le dépositaire de la personne qui lui a envoyé à sa demande les morceaux de musique.

79° Nous trouvons d'ailleurs d'autres applications de l'idée d'un dépôt en vue d'un contrat. Ainsi un teinturier reçoit un objet de l'un de ses clients habituels celui-ci devant lui donner ses instructions. Le client tarde cependant à donner ses instructions et pour une raison quelconque l'objet se détériore. Le tribunal de Commerce de Lyon qui par un jugement du 13 août 1920 s'est occupé de cette affaire (D. 1921.2.76) l'a tranchée de la façon suivante : le fait de recevoir une chose en attendant des instructions est un acte de complaisance, le teinturier qui a reçu ainsi un objet en le gardant même plus longtemps que d'habitude, car le client a singulièrement retardé ses instructions, n'est tenu que de la responsabilité encourue en matière de dépôt gratuit (art. 1927) il doit par conséquent apporter les mêmes soins dans la garde de la chose confiée, que dans la garde de ses propres affaires. Dans l'espèce où le Tribunal fut visiblement impressionné par le retard du client à donner ses instructions, il n'a pas donné suite à la demande de dommages-intérêts. Tirons ici avec cette jurisprudence la conclusion suivante : Toutes les fois qu'en vue de la conclusion d'un contrat l'objet de ce contrat futur est confié à la garde de l'une des parties, des instructions précises devant suivre, il faut appliquer les règles du dépôt gratuit, c'est-à-dire apprécier la responsabilité d'une façon atténuée. Mais ce n'est pas peut-être la meilleure solution, car ce dépôt est fait en vue de la conclusion d'un contrat à titre onéreux, le dépositaire y est donc directement intéressé, il serait plus juste d'appliquer à cette

situation les règles du dépôt à titre onéreux (art. 1928 c. civ.) qui oblige le dépositaire à une garde plus rigoureuse que l'art. 1927 c. civ. (1) surtout qu'il faut voir dans un dépôt pareil les préliminaires d'un contrat à titre onéreux.

80° Une espèce voisine, pas tout à fait identique il est vrai, a été jugée par le Tribunal de Commerce de Saint-Brieuc le 15 octobre 1926 (D. Hebd 1917.80). Un cheval est vendu à l'essai le 28 octobre, il est livré le lendemain et meurt le 3 Novembre chez l'acheteur. Celui-ci prétend que tant qu'il n'a pas essayé et donné son consentement il n'y a pas vente, mais des simples pourparlers, pendant ces pourparlers la perte du cheval est aux risques du propriétaire qui l'a donné pour en faire l'essai. Le vendeur de son côté prétend que d'après les usages l'acheteur a 48 heures pour se prononcer, s'il ne le fait pas la vente devient parfaite, le tribunal donne gain de cause à l'acheteur. Aucun délai n'étant stipulé pour l'agrément, il s'agit, d'autre part, d'une vente sous condition suspensive (art. 1588) faisant dépendre l'agrément de l'acheteur. Cette solution est juste car, si d'après une doctrine assez puissante (2) on ne veut pas que l'acheteur puisse rester tant qu'il veut sans faire l'essai, le vendeur qui ne veut pas rester à sa merci pouvait le mettre en demeure.

Le même cas aurait pu se présenter dans des conditions différentes. Imaginons que le cheval soit envoyé à un futur acheteur, avant qu'une vente ait eu lieu pour que celui-ci l'essaye et qu'il périsse chez ce futur acheteur. Conformément à ce que nous venons de dire plus

---

(1) En ce sens. DEMOGUE. *Chr. Revue Trimestr.* 1922, p. 176.

(2) GUILLOUARD, *Vente op. cit.*, tome 1, p. 45.

haut, nous adopterons les principes du dépôt à titre onéreux (1928 C. C.v.) le Tribunal de Lyon n'aurait appliqué que les dispositions moins rigoureuses de l'art. 1927 C. Civ.

81° Si nous voulons conclure sur cette jurisprudence en matière de préparation des ventes et marchés analogues comme l'échange par exemple, nous voyons d'abord que le problème est dominé par l'application de la responsabilité pour faute ou négligence. Toutes les fois qu'on relève une faute ou simple négligence à la charge d'une partie celle-ci est obligée de rembourser ou payer une certaine indemnité à l'autre pour les frais occasionnés sans aucune utilité — tels que des frais de voyage, ou pour les pertes subies du fait de la détérioration d'un objet. Mais dans les hypothèses où il s'agit de l'envoi d'un objet en vue de la conclusion d'un contrat nous y voyons apparaître une responsabilité objective assez atténuée il est vrai ; à la preuve nécessaire de la faute ou négligence (1382, 1383 C. Civ.) se substitue une responsabilité automatique à base contractuelle, celle du dépôt, qui selon qu'on adopte comme base l'art. 1927 ou l'art. 1928 du C. Civ. est plus ou moins légère, au point de vue de la preuve contraire. En dehors des cas fréquents où il s'agit d'un pareil envoi à la demande des parties et où la protection des dépenses existe du chef d'une responsabilité contractuelle, les autres cas de frais préparatoires de la vente sont protégés dans une large mesure par l'application de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

## CHAPITRE II

### L'ENTREPRISE ET LE LOUAGE D'OUVRAGES.

82° Des difficultés pratiques naissent très souvent à l'occasion de la préparation d'un contrat, qui tient de la nature de l'entreprise ou de la location d'ouvrage. Les entrepreneurs dans l'espoir d'obtenir un contrat de construction ou installation dressent souvent des plans, font procéder à des expertises coûteuses, se procurent des matériaux et cela parfois à la suite des pourparlers commencés par la partie qui s'est adressée à eux. Comme la notion d'entreprise est très large il peut s'agir aussi d'un autre genre d'entrepreneur, mais nous avons les exemples les plus frappants en matière d'entreprise technique de construction. Souvent, il s'agit d'un architecte qui a confectionné des plans et devis sans être chargé de la continuation de sa mission, c'est-à-dire de la surveillance de l'exécution de l'ouvrage. Quelle est la situation au point de vue des frais que la préparation inutile du contrat a occasionnés ?

Il y a une question où tout le monde est d'accord, question sur laquelle nous avons insisté dès le début de cette thèse. Pour que le problème de la responsabilité se pose, il faut que les travaux et dépenses aient été faites à suite des pourparlers voire même à la suite d'une commande formelle en vue de la conclusion du contrat. La jurisprudence, comme nous le verrons dans ce chapitre, tout à fait favorable aux architectes, exige, pour leur accorder sa protection, que ceux-ci aient dressé les plans et devis, pour lesquels ils réclament une rémunération à la demande du défendeur. Ainsi il a été jugé par le

Conseil d'Etat (cons. d'Etat 20 janvier 1882 France judiciaire 1881-1882, p. 496) qu'un architecte communal ne peut pas réclamer des honoraires pour des plans dressés par lui sans qu'il ait reçu l'ordre formel, quoique le maire eût connaissance et n'eût pas fait opposition. Nous pouvons généraliser cette solution et dire que tous les frais et travaux faits par un entrepreneur ou architecte avant d'être entré en pourparlers à ce sujet, restent entièrement à leur charge (1). Les cas dont nous nous occuperons seront donc entièrement ceux où il y avait déjà des pourparlers entre les parties.

§ 1. — *Droit des architectes à une rémunération pour leur travail préparatoire à un contrat.*

83° Ce qui nous frappe au premier abord, c'est la différence que la Jurisprudence fait entre les architectes et les entrepreneurs. Le principe qui se dégage de cette Jurisprudence est le suivant. Les architectes ont droit à une rémunération pour les plans et devis qu'ils ont dressés mais il n'y a pas de rémunération pour les entrepreneurs à raison des dépenses préparatoires en vue de la conclusion du contrat.

Un des premiers arrêts, qui reconnaissent aux architectes le droit de réclamer leurs honoraires même, quand leurs plans et devis n'ont pas été exécutés est celui du conseil d'Etat du 18 décembre 1856 (D. 1857, III, 49). Cette solution n'a pas été contestée par la doctrine et paraît acquise. Deux arrêts de la Cour de Cassation du 27 mars 1876 (Gaz. Trib. 27 mars 1876) et du 20 avril 1888 (Gaz. Trib. 20 avril 1888) définissent l'architecte, le manda-

---

(1) GUILLOUARD. Traité du Contrat de Louage, 2<sup>e</sup> édition 1887, N° 827. BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, Du Contrat de Louage, 3<sup>e</sup> déc. 1907, N° 3976.

taire du maître de l'ouvrage ; il est considéré aujourd'hui comme faisant partie des professions libérales (Trib. de la Seine 22 juillet 1918, Gaz. Trib. 2<sup>e</sup> sem. 1919, 2,339) ayant droit à des honoraires (1). Il a été jugé en ce sens par le conseil d'Etat (arrêt du 24 mars 1899 au D. 1900,5,686) que l'administration qui s'est adressée à un architecte en lui demandant un projet et qui renonce à l'exécution de ce projet, sans que son refus soit motivé par une faute de l'architecte, lui doit une indemnité pour les plans et projets dressés.

Dans une affaire plus compliquée, le Tribunal civil de la Seine a rendu un jugement analogue (du 21 mai 1912 à la Gaz. Trib. 1<sup>er</sup> sem. 1912,2,458). Il y a eu un concours pour l'édification d'une grande construction. Le projet dressé par l'architecte N. est choisi par le jury. Mais l'adjudication finale des travaux échoue par suite du refus par les entrepreneurs d'accepter le prix maximum fixé par l'association, qui voulait faire édifier l'immeuble. Refusant de payer à l'architecte une rémunération pour ses travaux devenus au fond inutiles pour l'association, le président de l'association est condamné à réparer le préjudice que l'architecte a subi du fait de ses travaux de préparation consistant dans les plans dressés, et soumis et acceptés par le jury et son manque à gagner.

84° Si la solution est acquise que les architectes ont en principe droit à une rémunération pour les plans et devis dressés par eux (2) il y a un doute sur le montant de cette rémunération. L'Avis du Conseil des bâtiments civils en date du 12 Pluviose an VIII fixe le droit des ar-

---

(1) MINVIELLE (G) La profession d'architecte, Paris 1921.

(2) Comparez Trib paix Paris, 9<sup>e</sup> arr., 26 mai 1922 (Gaz. Pal. 1922 2,305).

chitectes en ce qui concerne les plans et devis à 1 1/2 pour cent de la valeur des travaux qui doivent être exécutés. *Fremy Ligneville* et *Perriquet* dans leur *Traité classique* se demandent (1) alors si c'est juste d'accorder un droit aussi élevé aux architectes, dont les plans n'ont pas servi à la construction. Car ces émoluments s'accordent en raison de la responsabilité du constructeur, qui fait absolument défaut dans notre cas. Les auteurs proposent de leur accorder un simple forfait pour ces plans et devis restés sans emploi, forfait en rapport avec le travail fourni. *Gouillouard* (2) au contraire trouve plus équitable d'accorder à l'architecte des honoraires proportionnels (c'est-à-dire 1 1/2 %) car il fait les plans avec le même soin, ignorant que ce plan ne sera pas exécuté.

Quoiqu'il en soit le Tribunal de la Seine, par un jugement récent (du 7 févr. 1929. *Gaz. Trib.* 1929 2<sup>e</sup> sem. 2.52) tout en reconnaissant largement le droit de l'architecte à une rémunération pour le cas où on ne donne pas suite à ses plans, déclare que cette rémunération peut être librement appréciée par les juges. A défaut de toute convention, on doit appliquer les règles du mandat ou du louage d'ouvrage en se basant sur les travaux opérés et sur les services rendus. Cette solution qui s'approche d'ailleurs de la première opinion est à notre avis la meilleure. Les juges des faits en appliquant les règles du mandat et de la *locatio operarum* sauront mieux fixer une indemnité équitable et si cela nécessite pratiquement des expertises, celles-ci seront moins difficiles devant établir la valeur d'un travail fourni, que les exper-

---

(1) *Traité de la Législation des Bâtiments*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1881, tome I, N<sup>o</sup> 207, 208.

(2) *GOUILLOUARD, op. cit.*, n<sup>o</sup> 826.

tises inévitables pour établir la valeur d'un travail qu'on devait construire, pour en faire la base d'une rémunération proportionnelle.

§ 2. — *Les entrepreneurs n'ont droit à aucune rémunération pour leurs travaux de préparation d'un contrat.*

85° Quant aux entrepreneurs la jurisprudence leur est nettement défavorable.

Un arrêt de principe de la Cour de Paris du 27 mars 1912 (Gaz. Pal. 1912,2,210) peut se résumer ainsi : La seule confection du devis par l'entrepreneur de construction à défaut de la conclusion du marché en vue duquel il est dressé, ne comporte par elle-même aucune rémunération ; elle est le préliminaire du marché et n'a que le caractère juridique de pollicitation. Il importe peu qu'au cours des pourparlers tendant à la conclusion du marché, l'entrepreneur ait pris des mesures pour se procurer l'eau nécessaire à la construction, car ce fait isolé ne saurait être interprété comme un acte d'exécution de l'entreprise, il importe peu encore que l'entrepreneur ait passé, en vue de l'entreprise des marchés de fourniture de matériaux, car cela n'est que la manifestation d'espairs et de prévisions personnelles. (Dans cet arrêt la Cour de Paris s'est peut-être laissée influencer par des circonstances de fait ; l'entrepreneur a consenti à dresser un autre *plan* dont il n'a pas demandé le paiement, aux yeux de la Cour cela constitua un abandon sans réserves du projet primitif) (1).

Bien d'autres jugements ont été rendus après cet arrêt et quant au principe même de la rémunération ils adoptent tous la même doctrine.

---

(1) Voir en même sens Cons.d'Etat 28 févr. 1902 (D. 1903,3,59).

Le Tribunal de Paix du 9<sup>e</sup> arrondissement de Paris (jugement du 26 mai 1922. Gaz. Pal. 1922,2,305) refuse ainsi toute rémunération à un entrepreneur pour des plans par lui dressés sans que le contrat définitif fût conclu, pour la raison que l'entrepreneur est censé de faire ces travaux, en but d'obtenir les avantages de l'opération entière ; il met en quelque sorte gratuitement ses plans à la disposition du public ; c'est un travail qui fait partie d'un ensemble sans lequel on ne pourrait pas le concevoir ni rémunérer.

Le Tribunal Civil de la Seine a rendu un jugement de principe analogue le 13 Nov. 1922 (Gaz. Pal. 1923,1, 24). L'entrepreneur qui dresse des plans et devis les fait comme acte à propos de sa profession, il n'a pas droit à rémunération car il n'a pas fait de travail direct de sa profession et cela n'était fait qu'en vue d'obtenir l'exécution du travail d'ensemble qui ne lui a pas été accordé.

Un autre jugement du Tribunal de la Seine, du 9 mars 1923 (Gaz. Trib. 1923, 2, 393) donne une solution analogue pour les plans dressés par un architecte, « paysagiste », qui est en réalité un entrepreneur s'occupant de la création et de l'aménagement de parcs et jardins. On lui applique dans ce jugement les principes sévères excluant toute rémunération. Dans l'espèce cependant, les circonstances de fait sont défavorables à l'architecte paysagiste car il a proposé de faire le projet de transformation du parc « sans que cela engage à rien ».

86° Pour finir, un arrêt très intéressant de la Cour de Colmar du 5 déc. 1928 (Revue juridique d'Alsace et de Lorraine 1929 p. 364). Une société hôtelière veut installer de l'eau courante dans un de ses immeubles. Un entrepreneur fait des offres d'installation par lettre, mais

le président du conseil d'Administration ne pouvant lui donner les renseignements nécessaires l'invite à faire prendre les informations par un spécialiste envoyé sur place. L'installateur envoie un spécialiste, établit un plan coûteux, mais il n'obtient pas finalement la commande. Debouté dans son action en dommages-intérêts pour les frais qu'il a eus, par la 1<sup>re</sup> instance, il s'adresse en appel à la Cour de Colmar. Celle-ci rejette son appel pour les motifs suivants : a) le travail fait par un entrepreneur est un travail préparatoire et lié du sort du contrat principal. — b) il est impossible de voir dans l'espèce un louage d'ouvrage pour les plans et devis, comme le prétend le demandeur, car cela ne résulte nullement de l'intention présumée des parties (donc à contrario si on peut établir un contrat tacite de louage d'ouvrage cela permet d'obtenir une rémunération pour le travail préparatoire). Cet arrêt donne des motifs très intéressants surtout quand nous y lisons : « Attendu qu'en l'occurrence, les plans et devis ne sont que les accessoires de l'offre, destinés à mettre en pleine lumière, les avantages de celle-ci, que les frais qu'ils peuvent occasionner tombent dans les frais généraux que toute maison de commerce et industrie est obligée de supporter pour arriver à triompher de ses concurrents... »

87° Pourquoi cette différence de traitement, les architectes qui font le même travail sont toujours rémunérés et pourquoi les entrepreneurs qui ont parfois des frais considérables (nous avons vu que souvent ils préparent même un stock de matériaux) ne sont-ils pas rémunérés de leur travail préparatoire ? Cela tient surtout à la conception qu'on se fait de ces deux métiers. *M. Minvielle* dans son beau livre sur la profession d'ar-

chitecte (1) résume très bien cette « opinio communis » adoptée par la doctrine et par la Jurisprudence, que l'architecte a essentiellement comme profession la confection des plans et devis et fait ainsi un acte de sa profession libérale qui doit être rémunéré spécialement comme toute location d'ouvrage ou manifestation d'un mandat artistique. L'entrepreneur quelque soient ses qualités et capacités artistiques est un commerçant dont le but est la conclusion d'une opération commerciale, c'est-à-dire la conclusion du marché pour lequel il fait les actes de préparation d'une façon accessoire espérant obtenir la commande. Si l'architecte est l'homme de confiance du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur qui spéculé sur l'affaire est au contraire son adversaire. Commerçant, l'entrepreneur est soumis aux obligations professionnelles des commerçants notamment à la tenue des livres de commerce (art. 8 c. com.) et à la publication du contrat de mariage (art. 67. c. com) ; payant les impôts des professions commerciales et industrielles l'entrepreneur au point de vue fiscal est considéré commerçant. Il peut être électeur et élu au Tribunal de Commerce, mis en faillite, il peut céder la clientèle comme un fonds de commerce ordinaire. Rien de tout cela pour l'architecte qui exerce une profession libérale et n'est pas même soumis à la loi sur les accidents du travail du 9 Avril 1898 (2). Le Code des devoirs professionnels des architectes voté par le Congrès général des architectes en 1895 fait nettement la distinction entre ces deux métiers, son art. 2 dit : « cette profession (l'architecture) est incompatible avec celle d'entrepreneur » et son art. 21 (dans la forme

---

(1) *Op. cit.*, p. 5.

(2) En ce sens. Trib. de la Seine, 22 Juillet 1918 (Gaz. Trib. 1919,2,339).

définitive du Code de 1911) déclare : « l'architecte qui se fait entrepreneur perd sa qualité d'architecte » (1).

88° Cette distinction des deux professions est juste et logique quoique dans la pratique il soit difficile de faire des distinctions aussi nettes. Mais quoiqu'il en soit, quelque soit le fondement logique à la base du refus d'indemnité aux entrepreneurs, nous trouvons qu'il ne faut pas l'exagérer pour l'amour de la logique. L'entrepreneur qui a des dépenses en vue de la préparation d'un contrat fait le plus souvent un acte de préparation, mais il se peut aussi que ce soit sur l'invitation expresse de la partie qui entre en pourparlers avec lui qu'il a fait cela dans l'espoir de conclure le contrat. Si alors le contrat n'est pas conclu à cause du refus de la partie qui l'a fait faire toutes ces dépenses, est-il équitable de dire, que ces dépenses restent entièrement à sa charge ? Certes pas toujours. S'il n'a fait qu'un plan provisoire, qu'un croquis, même des devis ordinaires, nous sommes inclinés à considérer ces travaux comme des accessoires d'un marché à conclure, comme l'expression gratuite d'un espoir de gain futur. Mais si des pourparlers sérieux ont eu lieu, si la partie l'invite notamment à lui soumettre des plans détaillés qui exigent une préparation minutieuse comme ceux d'un architecte, ou de faire un voyage afin de voir l'objet du contrat, il ne s'agit plus d'un simple acte de publicité commerciale surtout si en vue de l'exécution du travail espéré, cet entrepreneur a dû faire des dépenses considérables pour se procurer des matériaux ou de la main-d'œuvre. A notre avis, ceux-ci méritent une indemnité. La partie qui malgré tous ces efforts, ne donne pas sa commande à cet entrepreneur,

---

(1) MINVIELLE, *op. cit.*, p. 10.

elle est entièrement libre de ne pas le faire — doit cependant, tenir compte de toutes ces dépenses qui ont été faites en partie aussi dans son intérêt. Les juges des faits sauront facilement établir le montant d'une indemnité équitable (1).

Heureusement pour les entrepreneurs, la Jurisprudence ne se refuse pas toujours d'apporter certains tempéraments aux principes que nous venons d'étudier. Ignorer les exceptions que nous trouvons dans cette Jurisprudence, cela serait faire une étude incomplète de la question.

§ 3. — *Cas exceptionnels où la jurisprudence refuse une rémunération aux architectes et artistes.*

Il y a d'abord des cas où la jurisprudence refuse aux architectes comme aux entrepreneurs toute rémunération. (Et cela en dehors de l'hypothèse que nous avons éliminée dès le début, où il s'agissait d'un travail fait sans commande expresse).

89° C'est surtout lorsqu'il s'agit d'un plan confectionné en vue d'un concours. Ainsi il a été jugé par le Conseil d'Etat le 4 août 1882 (D. 1884, 3, 3) que lorsqu'un architecte a fait un plan en vue d'un concours pour l'obtention de la place d'agent-voyer — emploi municipal salarié — et qu'après avoir obtenu cette place la ville fait exécuter son plan, l'architecte ne peut rien réclamer de ce chef. L'obtention de la place d'architecte municipal est une rémunération suffisante ; le plan fait en vue d'un concours, c'est un peu comme un travail préparatoire exécuté par un entrepreneur, qui ne peut réclamer aucune rémunération spéciale.

---

(1) DEMOGUE. Obligations II, n° 553 *quater*.

90° — Un arrêt récent de la Cour d'Alexandrie du 16 janvier 1930 (Bulletin de Législation Tome X L II p. 202. Revue trimestrielle 1930, P. 872) est nettement opposé au principe traditionnel de la rémunération de l'architecte pour le motif qu'il s'agissait d'un plan en vue d'un concours. Un propriétaire voulant se faire construire un immeuble s'adresse par la voie d'un concours à plusieurs architectes, se réservant le droit de choisir le plan le meilleur à son goût. Un architecte dont le plan n'a pas été choisi, espérant obtenir une rémunération, fondée sur le principe général appliqué, s'adresse aux tribunaux qui lui refusent cette fois-ci des honoraires.

Dans une espèce voisine, il s'agit d'un maître graveur, artiste comme l'architecte, le Tribunal de Paix du 7<sup>e</sup> arrondissement de Paris a rendu un jugement analogue le 26 juin 1931 (Gaz. Pal. 1931, 2<sup>e</sup> sem, 2, 251). L'Académie de Marine veut faire frapper une médaille destinée à être distribuée à titre honorifique, elle s'adresse aux artistes par la voie d'un concours. Un maître graveur qui en vue de ce concours a fait des plans et devis spéciaux, qui n'ont pas été agréés réclame de ce chef une indemnité mais le tribunal lui refuse cette indemnité. Dans ce jugement il n'est pas nettement spécifié qu'il s'agit d'un refus parce qu'il s'agit d'un travail en vue d'un concours, mais on parle d'une simple offre ou pollicitation. A notre avis cependant on peut expliquer ce jugement par l'idée que toutes les fois qu'il s'agit d'un concours, les travaux étant faits dans l'espoir de s'adjuger le travail projeté, aucune rémunération n'est due aux architectes ou autres artistes, qui sont ici assimilés aux entrepreneurs, qui eux aussi font leurs plans dans l'espoir d'obtenir la commande définitive.

91° Parfois le caractère aléatoire de l'ouvrage fait assimiler l'architecte à un entrepreneur et alors il ne peut pas réclamer ses honoraires. Une affaire de ce genre a été jugée par le Conseil d'Etat le 25 juillet 1902 (D. 1903.3.59). Il s'agit dans cette espèce d'un architecte qui fait des plans pour une construction communale, mais la commune n'a pas utilisé ses plans ni approuvé l'ensemble du projet, le Conseil d'Etat estime qu'il y a là une convention ayant le caractère d'une entreprise de travaux publics qui a besoin d'une autorisation, l'architecte ne peut pas réclamer ses honoraires pour les plans qu'il a dressés.

§ 4. — *Cas spéciaux où la jurisprudence accorde une rémunération aux entrepreneurs.*

92° A côté de ces cas exceptionnels, où l'architecte ne peut pas réclamer une rémunération spéciale pour son travail de préparation du contrat, nous rencontrons des cas, où l'entrepreneur, qui en principe n'a droit à aucune indemnité spéciale de ce chef, en obtient une.

C'est d'abord dans l'hypothèse où l'entrepreneur fait fonction d'architecte, c'est-à-dire il adresse les plans et devis, surveille le travail d'ensemble, chose qui peut arriver pratiquement (1).

Ceci paraît résulter d'une jurisprudence du Conseil d'Etat du 2 février 1894 (S. 1896,3,6). Mais comme dans l'espèce il s'agissait d'un travail d'ensemble déjà exécuté, et où la difficulté était de savoir si l'entrepreneur qui a fait pendant tout le travail, fonction d'architecte, peut encourir la responsabilité de ce dernier, la Jurisprudence concluant d'une façon affirmative, il est fort

---

(1) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.* II N° 3988.

juste de lui accorder aussi les honoraires proportionnels de l'architecte. Mais il nous paraît douteux que, pour le cas où ces plans et devis que l'entrepreneur a dressés comme un architecte n'aient pas eu de suite, le Conseil d'Etat eût accordé la même rémunération à l'entrepreneur, surtout que celui-ci ne pouvait pas encourir la responsabilité d'un architecte, le travail de construction n'étant pas exécuté.

93° Le deuxième cas où la Jurisprudence accorde une indemnité aux entrepreneurs et c'est un cas beaucoup moins douteux, est celui où ces frais préparatoires ont été faits en vue d'un concours ou adjudication, et où l'entrepreneur a réussi à faire les conditions les plus avantageuses.

Un jugement très intéressant existe sur cette question, Rendu par le Tribunal de Versailles le 1<sup>er</sup> juin 1891 (Gaz. Pal. 1894, 2 suppl. 3) il adopte entièrement ce point de vue. Un propriétaire veut faire élever une villa sur un terrain qu'il possède. Il convoque plusieurs entrepreneurs et leur fait savoir qu'il adjugera le travail à celui qui offre les meilleures conditions. Deux entrepreneurs ont pu soumettre des devis très avantageux, mais le propriétaire n'en a pas tenu compte et a fait exécuter ce travail par un autre entrepreneur. Les entrepreneurs réclament des dommages-intérêts et le tribunal se range de leur côté. Dans les motifs du jugement nous relevons que la personne qui après avoir mis en adjudication la construction d'une maison et convoqué à cet effet des entrepreneurs et qui laisse ceux-ci faire des études nécessaires parfois coûteuses pour soumissionner, et traite directement avec un autre entrepreneur, commet une faute. Cette faute (et la nature de cette faute est certai-

nement délictuelle 1382) justifie des dommages-intérêts. Cette décision n'est pas la seule dans la matière où il y a une jurisprudence abondante, dont nous citons ici quelques espèces. Tribunal civil de la Seine 6 mars 1901 (Droit 28 juin 1901) Tribunal Civil de la Seine 24 mai 1901 (Gaz. Trib. 1901, 2<sup>e</sup> sem., 2, 336) Conseil d'Etat 1<sup>er</sup> juin 1900 (D. 1901, 5, 645) Conseil d'Etat 28 juin 1901 (D. 1902, 3, 107) Conseil d'Etat 10 juillet 1903 (D. 1904.5. 686). Ceci dérive du principe général en matière de contrats qui se forment par concours et adjudication, qu'il y a une obligation de faire exécuter le travail par celui qui l'offre dans les conditions les plus avantageuses (1).

94° Le troisième cas où nous pouvons affirmer que la Jurisprudence accorde une indemnité est celui où l'entrepreneur peut montrer que le préjudice qu'il subit du fait des frais de préparation est dû à la faute du défendeur, c'est l'application du principe général d'équité qui réside dans l'article 1382, dont l'application pratique est parfois assez hardie comme nous le montre un jugement du Tribunal de Nantes du 3 février 1909) (Recueil de Nantes, 1909, 1, 221). Un propriétaire entre en pourparlers avec un entrepreneur, qui à la suite de ces pourparlers commence à dresser des plans et devis spéciaux. Le propriétaire ne lui accorde cependant pas sa commande. Le Tribunal tout en adoptant comme principe que les entrepreneurs n'ont pas en général, droit à une indemnité, accorde à l'entrepreneur quand même une indemnité pour ses dépenses et une rémunération équitable pour son travail. Le propriétaire du moment qu'il était sûr de son refus aurait dû arrêter l'entrepreneur et l'empêcher de continuer à dresser des plans coûteux

---

(1) DEMOGUE, obligations II, p. 283 et ss., not. n° 611.

pour lui ; en ne le faisant pas, il commet une faute qui justifie le droit de l'entrepreneur à une indemnité. Ce jugement qui a très bien compris à notre avis l'application sociale de la notion de faute montre que les juges sont le mieux placés pour accommoder le droit aux exigences des nécessités pratiques. L'entrepreneur qui dresse spécialement des plans et devis pour moi, à la suite de pourparlers, ne fait-il pas le même travail qu'un architecte, qui sera toujours rémunéré ? Le simple fait que la jurisprudence et la doctrine considèrent l'entrepreneur comme un spéculateur, ne doit pas m'empêcher d'éviter soigneusement tout ce qui dans nos relations pourrait lui causer un préjudice.

95° La jurisprudence a une certaine tendance à considérer comme faute le fait de se servir des plans et travaux d'un entrepreneur, à qui on ne donne pas finalement la commande, pour les faire exécuter par un autre. Une espèce de ce genre a été jugée par le Tribunal civil de la Seine le 13 Novembre 1922 (Gaz. Pal. 1923, 1, 24). Un propriétaire entré en pourparlers avec un entrepreneur se fait dresser quelques plans. Les pourparlers n'aboutissent à aucun résultat, le propriétaire s'adresse à un autre entrepreneur qui lui fait la construction en utilisant les plans dressés par le premier. Le Tribunal condamne le propriétaire à payer au premier entrepreneur une indemnité, car utilisé le devis à une valeur propre, le propriétaire commet une faute en se servant du devis dressé par le premier entrepreneur à qui il n'a pas fait exécuter le travail entier. D'autre part, le jugement fait intervenir ici la notion d'enrichissement sans cause. Le propriétaire qui se sert des plans qui constituent un appauvrissement pour l'entrepreneur, s'en-

richirait injustement s'il ne payait aucune indemnité à l'entrepreneur. Ici l'application du principe de l'enrichissement injuste nous paraît assez exacte. Nous pouvons généraliser ce cas et dire : toutes les fois que la personne pour laquelle les plans et travaux ont été faits ne s'en sert pas, elle ne s'enrichit pas injustement, elle ne commet un acte de ce genre que lorsqu'elle s'en sert sans faire participer l'entrepreneur au fruit de son travail.

96° Ce cas peut nous faire songer à d'autres du même genre. Un entrepreneur d'installations techniques a fait des recherches coûteuses pour trouver un perfectionnement. Avant de demander un brevet pour son invention, il envoie un plan de celle-ci à une usine, qui s'intéresse beaucoup à ces choses. Il demande à cette usine, de lui répondre si cela peut servir de modèle pour une fabrication en série et si l'usine veut lui acheter ou faire exécuter son modèle. L'usine lui répond par la négative, mais utilise son plan qui n'est pas encore breveté (donc qui ne peut pas encore jouir de la protection des brevets) pour fabriquer elle-même l'objet proposé. Il y aurait dans ce cas, une faute de sa part, un abus sinon enrichissement injuste. Peut-être si l'intérêt se présentait de donner à la responsabilité une base contractuelle, pourrait-on appliquer dans les hypothèses de ce genre l'idée de dépôt tacite, comme en matière d'envoi d'un objet en vue d'une vente. La personne qui envoie le produit de son travail préparatoire à une autre afin de conclure un contrat, l'entrepreneur qui confie ses plans, l'inventeur qui confie ses projets, etc., dépose cette chose qui pour elle constitue une certaine valeur patrimoniale entre les mains de son futur co-contractant. Celui-

ci peut alors être astreint aux obligations d'un dépositaire notamment à celle énoncée dans l'art. 1930 C. Civ. « Il (le dépositaire) ne peut pas se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant. » La responsabilité contractuelle permet dans ses hypothèses d'obtenir plus facilement une indemnité. Cette solution n'a rien de contraire aux principes généraux de la matière ; évidemment le dépôt est un contrat qui suppose la volonté des parties, mais le plus souvent, pratiquement les circonstances de fait sont favorables à une présomption de dépôt. Contrat réel qui se forme par la tradition de la chose (art. 1919 c. civ.) la seule difficulté peut être soulevée sur le terrain de la preuve. Au-dessus de 500 frs. il faudra bien une preuve écrite, mais le plus souvent il y a un échange de lettres entre les parties avant l'envoi de l'objet et n'oublions pas, qu'en matière commerciale la preuve écrite n'est pas de rigueur (art 1341 al. 2 c. civ. art. 109 c. com). Les mêmes considérations sont favorables à l'admission de la preuve par serment dans notre hypothèse.

97° A titre de comparaison nous citons une décision du Tribunal d'Empire sur une question d'envoi de modèle. Une entreprise de construction de chaises et fauteuils, invente un nouveau dispositif, pouvant être breveté. L'administration des bâtiments publics a ouvert un concours pour la fourniture d'un nombre déterminé de fauteuils en bois pour un cercle en construction, les modèles devant être choisis par l'office central d'architecture publique. Espérant obtenir cette commande l'entreprise en question envoie son modèle à l'office qui la garde longtemps, même après avoir refusé d'adjuger

---

(1) Paru dans R. G. 1., 83, p. 37, cité par Fischbach, *op. cit.*, p. 169-170.

la commande à notre entreprise et il en fait même des dessins pouvant servir de plans de construction. Le tribunal d'empire lui accorde une indemnité. L'office d'architecture, qui reçoit un modèle brevetable de la part d'un entrepreneur, qui espère obtenir la commande, doit apporter à la garde de cette valeur patrimoniale de l'entrepreneur tous les soins possibles et ne pas en faire un usage présumé contraire à la volonté de cet entrepreneur. Nous voyons ici l'application des principes du dépôt, que nous trouvons en droit français dans les articles 1927 ou 1928 et 1930 du c. civ.

98° Enfin, dans des cas pratiquement rares, la Jurisprudence accorde à l'entrepreneur une indemnité basée sur l'enrichissement sans cause, même en absence de toute faute de la part du défendeur. Ainsi un arrêt de la cour de Poitiers du 2 déc. 1907 (D. 1908, 2, 332) tranche le litige suivant. Un généalogiste (qui peut être rapproché d'un entrepreneur) propose de relever un héritage à certaines personnes qui ignoraient complètement leurs droits. Elles refusent son concours, mais en faisant elles-mêmes les recherches nécessaires, ces personnes se mettent en possession de cet héritage. Le généalogiste leur réclame le remboursement de ses dépenses et une rémunération du service qui leur a été rendu par son intervention. Le Tribunal de la Rochelle lui accorde 5.000 frs à titre de remboursement pour ses dépenses et services en faisant appel à la théorie de l'enrichissement sans cause, en s'appauvrissant quoique personne ne lui ait demandé cela, le généalogiste a rendu un service d'une grande valeur patrimoniale aux héritiers. Ignorant leurs droits, ils n'auraient jamais eu l'idée de faire les recherches nécessaires à leur propre compte et en-

trant plus vite en possession, ils ont pu éviter l'insolvabilité des héritiers apparents déjà en possession. La Cour de Poitiers confirmant ce jugement complète celui-ci quant aux considérants. Le simple fait, dit-elle que le généalogiste a déployé une activité en vue de profiter aux héritiers, sans qu'un contrat de louage d'ouvrage fût intervenu entre eux, lui permet de réclamer une rémunération si son simple avis a réellement profité aux héritiers et la cour ajoute bien inutilement à notre avis — « peu importe à quel titre ». L'application des principes de l'enrichissement injuste dans cette matière paraît assez correcte. Appauvrissement du patrimoine du demandeur au profit d'un enrichissement de celui du défendeur, l'actio de in rem verso est absolument subsidiaire, car à défaut de convention, pas d'obligation contractuelle et le fait de refuser des services proposés ne constitue pas une faute délictuelle.

99° Après avoir étudié ces cas exceptionnels où les entrepreneurs peuvent obtenir une indemnité, nous avons vu qu'il faut pour cela des considérations spéciales — faute ou enrichissement injuste, nous pouvons conclure sur ce chapitre. Nous avons vu que parfois les frais de préparation d'un contrat qui tient du louage d'ouvrage et de l'entreprise sont rémunérés, tels les frais de l'architecte, faisant partie d'une profession libérale, d'où nous concluons, que toutes les dépenses préparatoires qui concernent les professions libérales doivent être rémunérées. Ainsi le chirurgien consulté sur l'opportunité d'une opération peut réclamer les honoraires de la consultation qu'il fasse ou qu'il ne fasse pas l'opération. L'avocat, le conseil juridique peut réclamer les honoraires pour le fait d'avoir étudié le dossier d'une

affaire qu'il croyait se voir confiée et qui n'a pas de suite ou qui est confiée à un autre. Le notaire qui a servi d'intermédiaire pour une vente peut réclamer des honoraires lorsque l'acte est reçu par un autre notaire, quoiqu'il l'eut préparé et fait conclure dans l'espoir de recevoir l'acte (Rouen, 29 oct. 1913, S. 1914,2,215).

Dès qu'il s'agit au contraire d'un métier commercial où l'esprit prédominant est celui de la spéculation, la Jurisprudence refuse en principe toute rémunération des frais de préparation sauf dans les rares cas exceptionnels que nous avons étudiés. D'une logique trop sévère, cette solution ne nous paraît pas toujours équitable car si elle ne veut pas rémunérer des dépenses où se mêlent souvent un esprit de spéculation et l'idée de publicité, elle incite au contraire ceux qui font appel aux services de ces entreprises commerciales ou industrielles, à négliger trop des sacrifices parfois dignes d'intérêt.

### CHAPITRE III

#### DES CAS QUI PEUVENT SE PRÉSENTER AU COURS DE LA PRÉPARATION D'AUTRES CONTRATS.

100. — Nous avons étudié dans les deux chapitres précédents les cas pratiques assez nombreux qui se sont présentés dans le domaine des contrats ayant le caractère d'une vente, d'une entreprise et d'un louage d'ouvrage. Les mêmes difficultés ayant trait aux frais de préparation peuvent naître au cours de la préparation de n'importe quel autre contrat, nous les grouperons dans ce chapitre en choisissant quelques exemples qui peuvent se présenter fréquemment.

§ 1<sup>er</sup>. — *Des relations commerciales en général*

101. — Il arrive souvent que deux personnes soient en relations commerciales par exemple : deux maisons de commerce qui travaillent ensemble, une maison de commerce qui vend les produits d'une entreprise industrielle, sur un marché, peu importe que leur rapport soit de nature à mériter l'application des règles de la commission, courtage, correspondance, etc... Ces relations commerciales ont une durée variable. Elles peuvent prendre fin à n'importe quelle date comme un contrat de travail à durée indéterminée, les parties peuvent fixer la durée de leurs rapports pour 2 ou plusieurs années. Admettant que les parties aient le droit de rompre leurs relations commerciales (pratiquement cela se manifeste par le fait de passer les commandes à une autre maison, de faire vendre ses produits par une maison concurrente), que va-t-il arriver des dépenses qu'une partie a déjà faites dans l'espoir que ces relations vont continuer, car souvent rien ne laisse prévoir la cessation des rapports. C'est une question très délicate qui se présente en pratique sous des aspects différents. Croyant à la continuité des rapports l'une des parties a engagé des capitaux, a commandé des stocks considérables, a loué des locaux pour une durée déterminée, a eu des frais de publicité tout cela dans l'espoir de continuer le rapport contractuel indéterminé, ce qui équivaut à la préparation de nouveaux contrats, chaque acte de ces relations pouvant être considéré comme un contrat à part.

102. — Sur une hypothèse spéciale de frais de publicité, il existe un arrêt de la cour de Paris du 13 fév. 1883 (Gaz. Pal. 1882-1883, 2<sup>e</sup> partie, 2,414) dont on pourrait généraliser le principe.

Les usines de machines à coudre Weeler et Wilson ont donné le monopole de vente en France à la maison Seeling et continué ensuite leurs relations commerciales avec la veuve de ce dernier devenue Dame Vigneron. En raison de ce monopole, la demanderesse a eu des frais considérables de publicité et elle a même installé des succursales partout. A l'occasion de l'exposition de 1878, où ils avaient obtenu un grand prix, les défendeurs ont reconnu le monopole. A la suite de ce fait, Vigneron augmente encore ses frais et fait une très grande publicité à la marque des défendeurs. Puis brusquement, les défendeurs cessent leurs rapports avec la demanderesse, lui retirent le monopole de vente, installent une maison de vente en régie propre et profitent ainsi seuls de la publicité faite en leur faveur. La demanderesse demande de ce chef des dommages-intérêts de 200.000 frs.

Le Tribunal de Commerce de la Seine refuse les dommages-intérêts, car les parties ont gardé leur entière liberté commerciale et en usant de cette liberté les défendeurs n'ont usé que de leur droit. La Cour de Paris au contraire, réforme ce jugement en accordant à la demanderesse appelante des dommages-intérêts d'un montant inférieur il est vrai de 10.000 frs. La Cour de Paris voit dans cette rupture, sans juste motif un acte préjudiciable, commis avec une certaine faute. Car faite au moment où la demanderesse de bonne foi a pu se considérer comme bénéficiaire du monopole de vente du défendeur, elle constitue aussi un enrichissement injuste pour le défendeur qui compte profiter seul des frais de publicité dépensés par le demandeur. Dans cette espèce, on peut relever par le concours des circonstances, l'application d'une responsabilité pour faute augmentée par

l'enrichissement injuste. L'arrêt parle d'un enrichissement injuste, l'action principale fut intentée cependant sur la base d'une responsabilité délictuelle. Nous ne croyons pas que dans un cas d'espèce qui présente le caractère de celui-ci, même à défaut de toute faute, permettant une action à base délictuelle, on pourrait obtenir une indemnité par la voie de l'action de *in rem verso*, si de l'appauvrissement d'un patrimoine résulte l'enrichissement de l'autre ; car il faut que l'enrichissement soit en cause, or l'enrichissement du défendeur avait une cause, les rapports commerciaux, le monopole de vente, durant lequel la publicité en faveur du défendeur mais aussi en faveur du demandeur a été faite par ce dernier. Nous croyons que dans toute rupture de relations commerciales causant un dommage notamment à raison des frais de préparation, il y a lieu d'appliquer la notion d'abus de droit si les circonstances le permettent. Quoique les parties aient gardé leur liberté commerciale complète il y a abus du droit de rompre les relations juste au moment où une partie de bonne foi pouvait croire à leur continuation et a même eu des frais en préparant cette continuation des rapports. Nous avons d'ailleurs une jurisprudence analogue en matière de rupture des relations dans le contrat de travail à durée indéterminée où la jurisprudence applique aussi la notion d'abus de droit surtout lorsqu'on congédie brusquement un ouvrier qu'on a promis de garder longtemps (En ce sens, Civ., 1<sup>er</sup> août 1900 au S., 1901,1,220, note M. Wahl ; Civ., 18 mai 1909 au S., 1909,1,428).

§ 2. — *Du contrat de louage*

103. — Le Contrat de louage peut donner lieu à quelques difficultés au point de vue des dépenses de préparation.

D'abord il est possible qu'à la suite d'une annonce, des personnes aient effectué un voyage coûteux pour voir l'appartement offert et qu'arrivant elles le trouvent déjà loué. Nous avons vu un cas analogue en matière de vente (D. 1905,2,57) où il a été décidé qu'il y a faute de ne pas avertir le public par la même publicité qu'il n'est plus la peine de se déranger inutilement. En matière de louage il est plus difficile d'exiger, de la personne qui par la voie des journaux fait savoir qu'elle possède un appartement à louer, de publier dès qu'elle le loue, que l'appartement annoncé est déjà loué. La faute doit être plus lourde : si par exemple, on a fait une grande publicité voire même tapageuse, en attirant des personnes de bien loin, on pourrait suivant les circonstances considérer qu'il y a faute dans le fait de ne pas avoir averti que de tels déplacements sont désormais inutiles. On ne pourrait pas voir une faute de la part d'un hôtel qui fait une publicité très large, de ne pas avoir des chambres à la disposition d'un voyageur qui arrive, car cela est très fréquent dans ce va-et-vient perpétuel des hôtels ; mais le voyageur qui est sollicité de son arrivée à la gare par l'agent d'un hôtel, doit pouvoir compter avec certitude d'y trouver une chambre. Il pourrait intenter une action en dommages-intérêts pour la perte de temps ou tout autre ennui qui résulterait du fait de ne pas y trouver une chambre (1).

---

(1) DEMOGUE, obligations II, p. 155.

104. — Une autre difficulté qui peut arriver au cours de la préparation d'un contrat de louage est la suivante. En pourparlers avec une personne très aisée, donnant toutes les garanties de solvabilité et probité, le propriétaire d'un immeuble, disons d'une villa, peut encourir certaines pertes. Il peut congédier son locataire actuel ; il peut faire des installations coûteuses pour donner suite au désir exprimé par ce futur locataire avec qui il est en pourparlers. Le contrat n'a pas lieu. C'est un cas très délicat. Par le congé donné au locataire actuel il subit certainement une perte, il n'en est pas de même pour les cas des installations coûteuses, qui lui restent toujours acquises, mais il pourrait démontrer qu'il a pu subir une perte momentanée de ce chef usant tous ses deniers disponibles. Pour triompher dans une action en dommages-intérêts le propriétaire doit à notre avis, faire la preuve d'une faute commise par la personne, les simples pourparlers ne suffiront pas aux yeux de la Jurisprudence pour créer une responsabilité obligeant à la réparation du préjudice causé par des frais inutiles, à moins qu'il soit possible de prouver une convention tacite, autorisant ces frais.

### § 3. — *Des opérations de crédit*

105. — Les contrats qui sont d'usage dans les opérations financières peuvent donner lieu à des difficultés analogues. Ainsi pour pouvoir prêter de l'argent à une personne qui est entrée en pourparlers avec lui, un banquier est obligé de se procurer des deniers en payant des intérêts, de faire des voyages, des démarches et finalement ces pourparlers ne donnent aucun résultat, cela pour des raisons diverses. Ou bien la personne n'a

plus besoin d'argent, renonçant à ses plans, ou bien elle le trouve à des meilleures conditions, chez un autre banquier, ou bien il s'agit d'une personne ayant besoin d'une autorisation qui lui est finalement refusée. Nous croyons que dans toutes ces hypothèses la Jurisprudence n'accordera d'indemnité que pour le cas d'une faute, à moins qu'une convention au moins tacite existe entre les parties. La faute doit s'apprécier d'une manière équitable. On devrait considérer comme faute le fait de laisser le banquier faire ces démarches ou se procurer de l'argent du moment qu'on est sûr de ne pas appeler à ses services. Pour le refus d'autorisation, l'administration n'encourt aucune responsabilité (Cons. d'Etat, 2 déc. 1884, D. 1886,3,84 ; Cons. d'Etat, 28 mars 1887, D. 1888,5,159) à moins qu'il y ait eu une faute de sa part (Cons. d'Etat, 29 juin 1870, D. 1872,3, 4) qui consiste le plus souvent à ne pas renseigner la partie de la nécessité de l'autorisation, dans notre cas une commune qui entre en pourparlers pour un emprunt de 1 million pour exécuter certains travaux et qui fait croire au banquier que l'autorisation de l'administration supérieure n'est pas nécessaire en le laissant ainsi avoir des frais inutiles.

106. — On peut entrer en pourparlers avec un banquier au sujet d'une opération accompagnée d'un dépôt. Le banquier croit pouvoir entendre des propos de son client, que celui-ci voudrait effectuer un grand dépôt chez lui, mais qu'il désire que le banquier s'assure contre les risques possibles. Pour être en règle avec les exigences de son client le banquier passe un contrat d'assurance en payant une prime, le dépôt n'a pas lieu. Ou bien des personnes qui se déplacent à la suite d'une annonce dans les journaux, parlant de prêts très avantageux. Dans

toutes ces hypothèses il faut pour triompher dans une action en dommages-intérêts, la preuve d'une faute, l'entrée en pourparlers des parties sera insuffisante à notre avis pour décider les tribunaux à voir une obligation à la charge de la partie qui par son retrait a causé des frais inutiles à l'autre.

#### § 4. — *Le contrat de travail*

107. — Le Contrat de travail peut donner lieu à des difficultés analogues notamment en ce qui concerne les annonces qui offrent du travail. On offre du travail par la voie des journaux et lorsque la personne confiante dans cette annonce arrive à la place indiquée, elle constate qu'il n'y a plus de travail pour elle. Nous avons trouvé une sentence intéressante du Conseil de Prudhommes de Lyon du 3 octobre 1905 ( « La Loi » 25 oct. 1905). Un patron fait insérer dans différents journaux une demande d'ouvriers à la suite d'une grève et d'une mise à l'index par ses ouvriers, dans ces annonces il ne fait pas connaître les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il recourt à cet embauchage. Un ouvrier fait le voyage de Saint-Etienne à Lyon à la suite de ces annonces, arrivé à l'usine, l'attitude hostile des autres ouvriers et son esprit de solidarité le déterminent à ne pas donner suite à cette offre de travail. Il réclame le remboursement des frais que ces annonces lui ont occasionnés. Le conseil de Prudhomme condamne le patron à lui rembourser les frais de voyage, car par son silence sur les conditions exceptionnelles dans lesquelles cet embauchage a lieu il a conduit en erreur ceux qui se sont déplacés et ne se seraient certainement pas déplacés s'ils avaient pu connaître dans quelles conditions ils

auraient à travailler. Cette sentence est assez intéressante par l'extension très large qu'elle donne à la notion de faute.

Nous voyons que la seule base solide pour une action en dommages-intérêts, qui ait des chances de réussite devant les tribunaux français, est une responsabilité pour faute commise au cours de la préparation du contrat.

§ 5. — *La préparation d'un contrat de société*

108. — La préparation d'un contrat de société, occasionne souvent des frais, des travaux ou des voyages. Surtout lorsqu'il s'agit de la fondation d'une grande société par actions, les promoteurs de cette entreprise ont parfois des frais considérables ; il est possible qu'ils ne réussissent pas, que la société ne puisse pas se constituer à défaut de souscripteurs par exemple, qu'arrive-t-il de toutes ces dépenses ?

109. — Le cas est plus simple lorsqu'il s'agit de la création d'une société de personnes. Il y a là quelques personnes qui veulent constituer une société, qui travaillent dans cette direction et qui n'aboutissent pas, entre ces personnes, le problème doit se résoudre d'après la nature plus ou moins précise de leurs rapports. Lorsqu'il résulte de leurs pourparlers qu'elles étaient bien d'accord pour constituer la société, on peut leur appliquer le principe de l'art. 1853 du C. Civ. en vertu duquel chaque associé est tenu aux pertes de la société. En effet comme les personnes étaient d'accord pourquoi ne pas leur appliquer cet article qui régit la situation analogue du contrat de société. Aussi la Cour de Paris par un arrêt du 10 juillet 1895 (Gaz. Pal., Table 1892-1897,

Société n° 8) décide que dans un cas pareil les personnes qui ont eu des frais pour la constitution d'une société doivent partager ces frais entre elles.

Il en serait évidemment différemment lorsqu'une personne en vue de créer une société a eu des frais de recherches, de voyages, et qu'elle ait fait tout cela à la suite de pourparlers peu précis avec une autre qui lui a montré certain intérêt pour cette affaire. Car alors on tomberait de nouveau dans le cadre de la responsabilité précontractuelle ordinaire, où la Jurisprudence comme nous l'avons vu partout, exige les preuves d'une faute. Ici la faute peut consister dans le fait d'avoir su d'avance qu'on ne participera pas à la société et de ne pas avoir empêché la personne en question qu'elle fasse inutilement toutes ces dépenses.

110. — Lorsqu'il s'agit de la préparation d'une société par action, le problème se complique, car à côté des fondateurs il y a aussi les souscripteurs qui ont déjà versé leur quart ou davantage. La question se pose alors si ces souscripteurs qui auraient certes tiré un profit de la société une fois constituée, doivent participer aux pertes de la constitution, aux frais divers qui ont été faits sans que la société eût pris naissance. Cela dépend de la conception qu'on peut avoir du rapport entre les fondateurs et les souscripteurs.

111. — Dans une première opinion représentée par quelques commercialistes et notamment par *Vivante* (1), les fondateurs agissent en qualité de mandataires ou gérants d'affaires des futurs actionnaires. C'est dans leur

---

(1) *VIVANTE*, *op. cit.*, Tome I, n° 425, voyez aussi *BOLCHINI* dans « *Rivista di Dir. commerciale* » 1903, I, p. 436 et ss. En France cette opinion a été défendue par *THALLER*. Voir des développements très intéressants dans *THALLER-PERCEIROU*, *op. cit.*, Tome 1, n°s 500 à 505.

intérêt qu'ils font tout ce travail préparatoire, il est donc juste de laisser à leur charge ces frais conformément aux principes de droit commun du mandat ou de la gestion d'affaires. Le mandataire peut réclamer le remboursement de ses dépenses même s'il n'a pas abouti dans sa mission du moment qu'il n'a rien à se reprocher (art. 1999, C. Civ.) le gérant d'affaires lui aussi peut le faire s'il a bien géré l'affaire, c'est-à-dire s'il a fait de son mieux au moment où il a fait acte de gestion. De toute façon donc les souscripteurs sont tenus à rembourser les fondateurs quoique ceux-ci n'aient pas pu constituer la société sans qu'il y ait faute de leur part. Pratiquement d'ailleurs les souscripteurs qui ont déjà versé une partie du montant intégral de leur souscription se sont dessaisis ainsi d'une somme plus ou moins importante que les fondateurs déposent le plus souvent dans une banque. Cet argent suffit à couvrir l'intégralité ou une grande partie des frais, suivant les circonstances.

112. — La majorité de la Doctrine française à l'exception de Thaller tire de l'interprétation par elle donnée à la Jurisprudence, peu abondante d'ailleurs dans cette matière, la conclusion contraire à celle que nous venons d'exposer. M. LESCOT résume dans sa thèse (1) cette doctrine pour se ranger de son côté. On considère dit-il, que les promoteurs lorsqu'ils rédigent les statuts et sollicitent des adhésions, gèrent leur propre affaire et non pas celle d'autrui, qu'ils ont tout pouvoir jusqu'à la déclaration notariée de ne pas donner suite à leur projet ;

---

(1) LESCOT (P). Essai sur la période constitutive des personnes morales de Droit privé. Thèse Dijon 1913, p. 160.

Voyez sur le même sujet PERCEROU (J). Des fondateurs de société anonyme Thèse Dijon 1896, p. 36, etc..

GOIFFON. De la condition de la Société par actions pendant la période constitutive. Thèse Paris 1898, p. 167.

en conséquence ils doivent assumer aussi les risques de leur initiative. Et peu importe que l'obstacle à la naissance de la société provienne d'un fait qui leur soit étranger ; dans tous les cas les dépenses engagées resteront à leur charge. L'auteur cite en ce sens un arrêt de la Cour de Cassation du 11 juin 1887 (*Revue des sociétés* 1887, p. 20) et la plupart des auteurs commercialistes français.

Il n'en serait autrement que si les souscripteurs, en contractant, s'obligeaient à participer à ces dépenses. Mais en l'absence d'une clause formelle sur ce point il n'y a pas lieu d'après M. Lescot à une interprétation quelconque de la volonté des parties.

M. H. *Houpin* et *Bosvieux* dans leur *Traité des Sociétés* défendent la même opinion.

Ainsi ils considèrent la société comme inexistante avant sa constitution définitive (1). Tant que les formalités requises par la loi pour la Constitution d'une société par actions n'ont pas été remplies, la société doit être considérée comme dépourvue d'existence légale, non seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi dans les rapports des fondateurs et souscripteurs. Les traités et contrats conclus par les fondateurs soit entre eux, soit avec des tiers sont inopposables à la société et n'engagent que ceux qui y ont été parties, à moins d'une convention contraire et la perte du fonds social avant la constitution de la société doit être supportée par les fondateurs et non pas par la société en voie de constitution. La société n'existant pas encore, les fondateurs agissent évidemment à leurs risques et périls, on ne

---

(1) *HOUPIN* et *BOSVIEUX*, *Traité général des Sociétés*, 6<sup>e</sup> édition, Paris 1927, Sirey éd. Tome I, n<sup>o</sup> 611.

pourrait pas les considérer comme les gérants d'affaires ou mandataires de cette société inexistante surtout que, dans la plupart des cas, ils fondent ou essayent de fonder la société pour des intérêts personnels.

113. — A notre avis ce dernier point de vue paraît le meilleur. Les fondateurs qui au fond tirent le plus grand bénéfice de la société une fois constituée, ont ce risque que leurs frais de préparation ne seront pas rémunérés par les bénéfices qu'ils escomptent déjà dès les débuts de la constitution. C'est un risque de la spéculation qu'on ne peut pas faire supporter à la masse anonyme des souscripteurs qui viennent alléchés le plus souvent par des promesses de grands bénéfices. Si malgré leurs efforts les fondateurs ne réussissent pas ils ont fait une mauvaise spéculation à leur propre perte mais ils sont obligés de restituer les fonds déjà versés. Le seul problème qui subsiste alors c'est comment se fera le partage des frais entre eux. S'il n'y a pas de convention sur ce point, nous croyons qu'il serait équitable de généraliser la solution de la Cour de Paris du 1<sup>er</sup> juillet 1895 (Gaz. Pal., Table 1892-1897, Société n° 8) et de partager la charge de ces dépenses préparatoires entre tous les fondateurs. Mais ceux-ci prévoient le plus souvent ces difficultés. Connaissant les risques de la constitution d'une société anonyme, ses difficultés financières et fiscales, ils forment soit une association occulte ou une société d'études à qui incombe la charge de la fondation de la société. Chaque fondateur participant à cette société d'études dont la mission est de faire tout le nécessaire pour la fondation de la société, la question des dépenses préparatoires est résolue d'avance par la voie de cette convention, ou si rien n'est prévu, par l'interprétation du contrat existant.

## TITRE II

### **Les accidents qui peuvent avoir lieu pendant la préparation d'un contrat.**

114. — Comme nous avons vu dans les chapitres introductifs à cette étude, la préparation d'un contrat donne parfois lieu à des accidents, dégâts matériels, mais ce qui est le plus important accidents dont les victimes sont soit les parties en pourparlers soit des tiers. Ces accidents doivent être réparés, il existe des règles légales dans ce but ; ce qui est particulièrement intéressant pour notre étude c'est de savoir, qui des futurs cocontractants sera obligé de supporter finalement la charge de la réparation. Sera-ce la victime elle-même si l'accident est arrivé à une des parties en pourparlers, sera-ce l'autre partie ? Et si la victime est un tiers, qui des parties en pourparlers sera tenue finalement de la charge de l'indemnité ? Cette responsabilité, en vertu de quelles règles légales existera-t-elle ? Voilà les questions principales qui se posent dans cette partie. Si nous observons l'ensemble des solutions de la Jurisprudence, nous observons que la plupart des cas ont trait à des accidents occasionnés pendant un transport quelconque ; pour étudier plus facilement ces questions assez diverses nous le ferons dans II chapitres, d'abord les accidents pendant un transport ayant pour but de préparer un contrat, ensuite les accidents de nature diverse n'ayant pas trait à des cas de transport.

## CHAPITRE I

### DES ACCIDENTS AYANT LIEU PENDANT DES TRANSPORTS PRÉPARATOIRES AU CONTRAT

115. — Pendant la préparation d'un contrat, on peut être amené à effectuer des transport parfois très courts, transports au cours desquels un accident peut avoir lieu. Ce transport peut être un essai pour la vente d'un animal ou d'un véhicule, surtout une voiture automobile. Il peut s'agir d'un essai d'une nature différente, l'essai d'une voiture par un coureur à qui on veut confier la voiture pour une course, ou par un nouveau chauffeur ; il peut s'agir ensuite d'un transport ayant pour but direct quelque chose de tout à fait différent, par exemple le vendeur d'un château qui fait chercher un acheteur éventuel à la gare, etc...

D'abord il peut s'agir d'un essai ayant pour but direct la vente de la chose essayée, cheval ou voiture automobile le plus souvent.

#### SECTION 1. — ACCIDENT CAUSÉ AU COUR DE L'ESSAI D'UN ANIMAL.

116° Lorsqu'il s'agit d'un animal la solution en droit français paraît dominée par l'article 1385 c. civ. ainsi conçu : « Le propriétaire d'un animal ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ». L'application pratique de ce principe légal peut soulever certaines difficultés comme nous le montreront les espèces suivantes.

La Chambre Civile de la Cour de Cassation par un arrêt connu, du 9 mars 1892 (S. 1894, 1, 239) a eu à s'occuper d'une espèce ayant trait à un essai de cheval en vue d'une vente.

Le futur acheteur essaie le cheval du futur vendeur. Il le conduit par les brides, le cheval étant attelé à une voiture dans laquelle ont pris place le futur acheteur et un domestique du futur vendeur. Le cheval s'emporte, jette les voyageurs sur le sol, ils sont blessés, et le cheval se blesse lui-même grièvement. La question de responsabilité s'est posée alors devant la Cour de Cassation notamment en ce qui concerne l'accident survenu aux personnes et au cheval, le contrat n'étant évidemment pas conclu. La Cour de Cassation décide d'abord en principe que la question de savoir quel est du propriétaire ou de l'acquéreur celui qui a la garde de l'animal, pendant l'essai qui en est fait, est une question de fait, dont la solution dépend de l'interprétation de la convention et de l'appréciation des circonstances (C. Civ. art. 1131 et 1156 etc). Dans l'espèce c'est le futur acquéreur qui a la garde de l'animal car il en a accepté la surveillance, le domestique ne lui a été d'ailleurs adjoint que sur sa demande. Il a reçu le cheval en bon état donc il est tenu aussi de le remettre en bon état à son propriétaire, à moins d'établir que l'accident est arrivé dans des circonstances de nature à dégager sa responsabilité (art. 1245 et 1302 c. civ.)

Ce qui est intéressant dans cet arrêt, c'est le fait que le futur acquéreur seul est rendu responsable en vertu de l'interprétation tacite entre les parties qui met l'animal sous la garde du futur acquéreur. Cet arrêt, comme d'ailleurs tous les arrêts interprétatifs de l'article 1385

en jurisprudence française, donnent au contenu de l'article 1385 une interprétation de logique stricte il n'y a qu'une responsabilité alternative et non pas cumulative (1). Cette responsabilité pèse soit sur le propriétaire de l'animal, soit sur une autre personne — ici l'acquéreur éventuel, mais non pas sur toutes les deux à la fois, à moins que la personne, que l'article 1385 ne vise pas directement dans l'espèce, n'ait commis une faute prouvée. L'interprétation commune et générale de la responsabilité visée dans l'art. 1385 paraît être la suivante : c'est sur le propriétaire de l'animal, qui est présumé se servir toujours de l'animal, que pèse d'abord la responsabilité, si cependant une autre personne se sert de l'animal sans que le propriétaire s'en serve, la responsabilité pèsera sur cette personne qui assumera ainsi la garde de l'animal. Comme nous l'avons vu, dans notre arrêt, la Cour de Cassation s'attache surtout à la notion de la garde de la surveillance, ce qui paraît être le principe généralement admis dans la Jurisprudence française qui interprète l'art. 1385 d'une façon logique plutôt qu'économique, ne tenant pas compte du profit tiré de l'usage de l'animal. Le futur acquéreur ayant la surveillance même momentanée de l'animal qu'il essayait, en a eu la garde, c'est lui qui supporte donc toutes les conséquences de l'art. 1385. Si nous regardons cependant le côté profit, nous constatons que le propriétaire dans l'espèce a tiré un certain profit de son cheval, car si le futur acquéreur a fait cet essai dans un intérêt personnel, il n'est pas moins vrai que le propriétaire ait eu un intérêt aussi grand à la vente du cheval, et si on

---

(1) DEMOGUE, Obligations V. n° 1000, DEMOLOMBE XXXI, n° 639 *bis*, LAURENT, XX, n° 627. BAUDRY et BARDE, *op. cit.*, Tome IV, n° 2942, AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4<sup>e</sup> édition. Tome IV, p. 771.

voulait tenir compte de ces considérations, on aurait pu partager la responsabilité entre les deux parties en pourparlers pour la conclusion du contrat.

118. — La Jurisprudence française (1) s'attache cependant dans un souci d'interprétation commode à la notion de surveillance. Est présumé se servir de l'animal, celui qui s'en sert pour le moment où l'accident arrive ; celui qui s'en sert est aussi présumé assumer sa surveillance. Ainsi dans une affaire analogue au point de vue accident à celle que nous venons d'étudier, la Cour de Paris par un arrêt du 8 juillet 1913, (S. 1915,2,4 ; D. 1914,2,206) a affirmé le même principe. Dans l'espèce il s'agit d'un gentleman rider qui monte dans une course le cheval d'un propriétaire, se blesse et intente une action fondée sur 1385 contre le propriétaire. La Cour de Paris établit que le gardien est celui qui s'en sert du cheval pendant la course, peu importe que le propriétaire y soit directement intéressé par le fait que le but de la course est d'attribuer des prix aux propriétaires des chevaux gagnants, car le but de la course poursuivi par le gentleman rider est avant tout de se faire connaître. C'est une façon un peu étroite de comprendre la responsabilité établie par l'art. 1385, on aurait pu dire, comme le font d'ailleurs les tribunaux pour les accidents ayant un caractère sportif, qu'il y a eu une convention tacite de non-responsabilité entre le gentleman rider et le propriétaire.

119. — M. Demogue (1) croit que, le gentleman rider et le propriétaire tirant tous les deux un profit de l'usage du cheval, on doit partager la responsabilité

---

(1) Voyez à titre de comparaison Cass. belge 16 oct. 1902 (S. 1906,4,25, avec une note importante de M. Wahl).

(1) DEMOGUE, *Obligations*, V. N° 1011.

entre les deux *a fortiori* s'il s'agit d'un accident causé par l'animal à un tiers. La même solution pourrait être donnée au cas d'un essai en vue de la préparation d'un contrat.

La Cour de Montréal dans un arrêt récent du 23 oct. 1928 (Rapports judiciaires, Québec, LX VII, p. 53, Revue trimestrielle, 1929 p. 504) a appliqué cette responsabilité partagée tenant compte de l'élément économique de l'usage plutôt que de la notion trop étroite de la garde momentanée (Les art. 1054 et 1055 du c. civ. Québec correspondent exactement aux art. 1384 et 1385 c. Civ.). Le propriétaire d'un cheval confie celui-ci avec un attelage complet à un acquéreur éventuel pour qu'il en fasse l'essai. Pendant l'essai le cheval emporté cause un accident. La direction du cheval était dans les mains d'un domestique du propriétaire, qui était cependant plutôt sous les ordres du futur acquéreur. Contrairement à la responsabilité alternative appliquée par la Jurisprudence française (et belge) la Cour de Montréal applique une responsabilité cumulative. Elle rend responsable à la fois le futur acquéreur et le commettant du domestique conducteur, qui lui aussi avait un certain intérêt à cet essai.

Le principe adopté par la Jurisprudence française a l'avantage de la simplicité, mais il aboutit dans le cas de l'essai en vue d'un contrat, à une solution trop défavorable à l'acquéreur éventuel, qui le plus possible ignore les vices et les habitudes de l'animal.

## SECTION II. — ACCIDENT D'UNE VOITURE AUTOMOBILE.

120. — La question de la responsabilité pour les accidents causés devient encore plus intéressante si nous

passons aux essais d'automobiles en vue d'une vente. Pour vendre sa voiture, le propriétaire ou la maison de vente d'une usine fait faire un tour d'essai au futur acheteur. L'acquéreur éventuel peut conduire lui-même ou bien c'est le propriétaire ou son préposé, ce qui revient au même, qui garde la direction de la voiture. Un accident arrive, c'est le futur acquéreur qui conduit et qui blesse un tiers ou c'est le chauffeur qui conduit et blesse le futur acquéreur peu importe, quelle est des deux parties celle qui supportera la charge de la responsabilité ?

§ 1<sup>o</sup> *La victime de l'accident est un tiers (vente projetée).*

121. — Si nous envisageons d'abord le cas le plus simple, celui où l'acquéreur éventuel muni d'un permis de conduire fait l'essai tout seul et cause un accident à un tiers, il ne paraît pas douteux que c'est lui seul qui en porte la responsabilité en vertu de l'art. 1384 al. 1<sup>o</sup> ou 1382. Le propriétaire de la voiture a pris toutes les précautions en exigeant la présentation du permis de conduire et n'y est pour rien. Cette solution est quant au résultat analogue à celle en matière d'essai de cheval de la Ch. Civ. du 9 mars 1892 (S. 1891, 1,239), peut être encore mieux fondée.

122. — La solution deviendrait plus difficile si le propriétaire faisait essayer la voiture par l'acquéreur seul alors que celui-ci n'a pas de permis de conduire. Dans ce cas, il y aurait à notre avis une faute de sa part qui l'obligerait à participer en partie à cette responsabilité lorsque l'accident est causé à un tiers. Lorsque l'accident est causé à l'acquéreur, on pourrait exonérer le propriétaire, car d'après les circonstances il est pos-

sible de voir dans le fait que l'acquéreur veut essayer tout seul la voiture une acceptation tacite des risques de sa part. Nous avons dans cette matière un jugement récent du Tribunal du Rhône du 3 mai 1929 (D. Hebd. 1929, p. 390). Un essai d'automobile en vue d'une vente, la voiture est présentée par le chauffeur du propriétaire. Celui-ci abandonne la direction au futur acquéreur qui cause un accident. Le jugement trouve que le chauffeur a commis une imprudence grave en laissant conduire dans des rues encombrées quelqu'un dont il ignorait l'habileté et la prudence nécessaire. Il l'a laissé marcher à une vitesse excessive sans surveiller la façon dont il dirigeait la voiture. Pour ces raisons il condamne les deux parties solidairement (comme en matière de leçon d'automobiles, voir Bordeaux. ch. correctionnelle 30 mai 1929, Rec. Bordeaux 1929,1,17). Cette solution paraît assez raisonnable. Le chauffeur du propriétaire n'a pas assez d'autorité sur le futur acquéreur pour lui interdire de conduire, mais il doit au moins attirer son attention sur le danger d'un excès de vitesse, le maître du chauffeur est donc responsable en partie pour les faits commis par l'acquéreur éventuel qui garde à sa charge une partie de la responsabilité.

123. — Dans une hypothèse, tout à fait voisine, la Chambre des Requêtes a donné une solution différente, laissant la responsabilité toute entière à la charge du propriétaire et ceci pour des raisons professionnelles. Par son arrêt du 15 dec. 1930 (S. 1931,1,67 ; Gaz. Pal. 1931,1, 197) elle déclare que lorsque la voiture essayée se trouve au moment de l'accident sous la direction de l'acquéreur éventuel, mais qu'un agent du vendeur a pris place à côté de lui, c'est le dernier qui a la garde de la voiture,

en raison de son expérience professionnelle, qui a déterminé ses patrons à le placer à côté du futur acquéreur pour le conseiller et pour assurer la sécurité de la circulation. Cette espèce est tout à fait identique avec la première quant aux faits, mais lorsqu'il s'agit d'une maison de vente ayant des agents professionnels elle garde pendant l'essai, qu'elle fait faire d'ailleurs dans un intérêt purement commercial et professionnel, la surveillance de la voiture essayée, peu importé que l'acquéreur éventuel soit muni d'un permis de conduire ou non.

124. — Un cas identique s'est présenté devant la Cour supérieure de Joliette (Canada), le 7 avril 1931 (Rapp. jud., Québec LXIX, p. 268. Revue trimestrielle 1931, p. 399). Mais cette fois-ci le futur acquéreur n'était pas muni d'un permis de conduire et c'est avec raison que la Cour décide que l'agent du vendeur qui laisse le volant entre les mains de cet acquéreur éventuel commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, dont la compagnie est responsable en tant que commettant.

Donc toutes les fois que pour essayer une voiture en vue d'une vente cet essai se fait en commun, c'est-à-dire par l'acquéreur éventuel et le propriétaire en personne ou représenté par un préposé, la responsabilité des accidents causés à des tiers incombe aux termes de l'art. 1384, al. 1<sup>o</sup>, au moins en partie au propriétaire de la voiture, si ce n'est pas intégralement. Que cette responsabilité découle de l'article 1384 al. 1<sup>er</sup>, cela ne fait plus de doute depuis l'arrêt des Chambres réunies rendu le 13 fevr. 1930 dans l'affaire Jandheur (D. 1930,1,57 note Ripert).

125. — Reste une dernière hypothèse à envisager pour

le cas de la vente d'une automobile. Le vendeur envoie sa voiture à l'acquéreur éventuel pour en faire l'essai. En cours de route, la voiture conduite par un préposé du vendeur, cause un accident. Même si elle a été envoyée sur l'invitation expresse du futur acheteur, il va de soi que le propriétaire est responsable de l'accident causé. Dans ce genre d'hypothèse, il y a une espèce curieuse par le fait que le propriétaire n'a pas été déclaré responsable en vertu de l'art. 1384, al. 5 (comme commettant du conducteur). La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a tranché ce cas le 9 janv. 1931 (Gaz. Palais 1931, 1<sup>er</sup> sem. 274). Le propriétaire d'une voiture en fait faire la vente par un inspecteur de la Maison Renault. En la conduisant chez un amateur pour en faire faire l'essai l'inspecteur cause un accident. L'arrêt décide que le propriétaire n'ayant pas des ordres à donner à un inspecteur d'une maison d'automobiles, celui-ci n'est pas le préposé de celui-là, qui n'encourt donc pas la responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 5. A notre avis cette solution s'attachant plutôt à l'idée de l'autorité qu'à celle de profit économique de l'acte n'est pas des plus heureuses, laissant la charge entière de la responsabilité peser sur l'intermédiaire de la vente, elle exonère complètement le propriétaire qui y est directement intéressé.

Occupons-nous maintenant de l'hypothèse fréquente, où la victime en vue d'un essai de la voiture conduite par son propriétaire actuel ou son préposé prend place dans celle-ci.

§ 2. — *Une des parties (l'amateur) est victime de l'accident (essai pour vente)*

126. — A première vue on aurait facilement tendance à généraliser le principe qui se dégage de la jurispru-

dence que nous venons d'examiner et à dire que lorsqu'un accident arrive, le propriétaire de la voiture essayée en est de plein droit responsable, mais détrompons-nous, telle n'est pas l'opinion de la Jurisprudence. La chambre civile de la Cour de Cassation a rendu sur un cas de ce genre un arrêt le 7 janv. 1929 (S. 1929,1,249, Gaz. Palais 1929,1,276). L'acquéreur éventuel a intenté une action en responsabilité fondée sur l'art. 1382 et 1384, al. 1. Son pourvoi contre un arrêt de la Cour de Rennes du 15 déc. 1926 est rejeté pour les motifs suivants : La présomption instituée par l'art. 1384, al 1<sup>o</sup>, c. civ., à l'encontre du gardien de la chose mobilière inanimée, soumise à la garde en raison du danger qu'elle peut faire courir à autrui, ne peut être invoquée contre le gardien d'une voiture automobile par ceux qui ont pris place dans cette voiture, soit en vertu d'un contrat, soit à la suite d'un acte de courtoisie bénévole. Les premiers trouvent leur protection dans les obligations imposées au transporteur par les stipulations expresses ou implicites du contrat quant à ceux qui ont accepté ou sollicité de participer à titre gracieux à l'usage de la voiture en pleine connaissance des dangers auxquels ils s'exposaient eux-mêmes, ils ne peuvent obtenir des dommages-intérêts du gardien de la voiture qu'en établissant à sa charge une faute, imputable dans les termes de l'art. 1382, C. Civ. Dans l'espèce, l'acheteur éventuel acceptant de participer à l'essai de la voiture, essai qui se fait en partie dans son intérêt, essai dont il ne pouvait ignorer le danger ne peut obtenir une indemnité que lorsqu'il démontre la faute du propriétaire de la voiture.

Donc dans un transport qui est effectué en vue de la

conclusion d'une vente, deux solutions différentes, lorsque les 2 parties intéressées se trouvent dans la voiture. Si l'accident a pour victime un tiers, celui-ci est protégé par l'art. 1384, al. 1°, le futur acquéreur le plus souvent ne sera pas tenu de payer l'indemnité, cette dépense préparatoire au contrat de vente « manqué » incombe en vertu de la garde au propriétaire actuel, c'est-à-dire au futur vendeur. Si l'accident a au contraire pour victime l'une des parties, car on pourrait à fortiori étendre la solution de l'arrêt de la Chambre civile à l'hypothèse où c'est l'acquéreur éventuel qui conduit et le propriétaire de la voiture qui est blessé il n'y a qu'une seule possibilité de réclamer une indemnité — en prouvant la faute du conducteur de la voiture (art. 1382).

127. — Pour motiver sa doctrine la Cour de Cassation, invoque que la présomption de l'art. 1384 1° ne s'applique qu'en faveur de ceux qui se trouvent à l'extérieur de la chose dangereuse, le danger étant à la base de cette présomption, qui oblige à la garde. La voiture automobile n'est pas dangereuse pour ceux qui y ont pris place. Ceux-ci ont un régime juridique différent de la personne qui n'est pas dans la voiture. Ou bien c'est un transport à titre onéreux et on applique alors les règles de la responsabilité contractuelle, ou bien c'est un transport bénévole et il n'y a place pour la responsabilité édictée par l'art. 1382. Un essai pour une vente est un transport bénévole, exactement comme la promenade qu'on fait faire à des amis, ou comme l'acte de courtoisie qui consiste à prendre dans sa voiture une personne qui se trouve sur votre chemin. A notre avis il y a là une certaine exagération de la notion de transport bénévole. Cette notion embrasse des actes de courtoisie ou de tolérance, c'est

le plus souvent des cas d'obligations mondaines ou de bienveillance. Evidemment si on ne peut pas appliquer à ces actes la responsabilité du contrat de transport [un arrêt Ch. Civ., 27 mars 1928 (D., 1928,1,145, note Ripert) affirme ce principe pourtant, la Cour de Dijon a rendu un arrêt dissident très intéressant où elle essaie d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle au transport bénévole. Dijon, 9 Octobre 1928 (à la Gaz. Palais 1928,2,885) (1)] car les parties ne songent nullement à passer un contrat, on ne peut pas dire la même chose d'un essai en vue d'un contrat. Le vendeur n'invite pas son acquéreur par pure courtoisie de monter dans sa voiture, il y est directement intéressé, il poursuit un but qui n'est pas le même que dans un véritable transport bénévole, car il est lucratif, il fait cela pour convaincre la personne qui a pris place dans la voiture, de l'acheter. Ne pourrait-on pas dans ce cas prétendre qu'il existe une certaine obligation de sécurité à la charge du vendeur qui fait faire l'essai. Préambule d'une opération à titre onéreux, n'est-il pas juste d'entourer cet acte de soins tout à fait différents que le simple transport courtois ? La Jurisprudence en matière de transport gratuit pourrait nous servir d'exemple. Il y a des transports gratuits qui s'effectuent en vertu des permis de circulation. Ainsi les employés des chemins de fer et leur famille ont droit à un ou plusieurs voyages gratuits par an sur leur réseau et aussi sur celui des autres compagnies. Au cours d'un pareil transport gratuit, un accident a pour victime un employé de chemin de fer, qui intente une action invoquant la responsabilité contractuelle de la

---

(1) Voir la note intéressante de M. Savatier sous: Req. 9 juin 1928 (D. 1928,1,153).

compagnie. Celle-ci prétend qu'il ne s'agit que d'un transport gratuit, un laisser faire, un acte de tolérance. La chambre civile de la Cour de Cassation par un arrêt du 22 fév. 1926 (D. Hebd. 1926,194) donne gain de cause au demandeur, la compagnie est condamnée en vertu de la responsabilité contractuelle car il existe des arrangements entre les réseaux en vertu desquels les différentes compagnies se sont engagées à assurer, chaque année, des avantages gratuits à leurs employés respectifs.

La même solution s'applique aux permis de publicité, permis de libre circulation donnés à certains journalistes, qui font de la publicité pour les compagnies des chemins de fer, c'est une sorte de dation en paiement (voir sur un cas analogue, Civ., 25 janv. 1922 au S., 1924. 1.161). Un arrêt très intéressant de la Cour de Paris du 10 Janv. 1927 (Gaz. Trib., 1927,2,185) traite d'une espèce de transport gratuit effectué par un journaliste dans l'automobile d'une maison d'automobiles, pour laquelle il devait faire ensuite la publicité. Quoique l'itinéraire dépendait de lui, le propriétaire de la voiture reste responsable de l'accident causé par le chauffeur, qui, pour la direction de la voiture, est resté son préposé. Il n'y a pas de transport bénévole dans cette hypothèse.

129. — Dans notre cas, il s'agit également d'un transport gratuit, mais il n'est au fond gratuit qu'en apparence, l'espoir du gain que le vendeur, le plus souvent commerçant d'automobiles, compte réaliser par la vente de la voiture, pourrait permettre de voir dans ce transport un transport à titre onéreux. On devrait laisser peser sur le vendeur qui a le plus grand intérêt à cet essai, au moins une responsabilité atténuée, dont l'acquéreur éventuel n'aurait pas à faire la preuve très dif-

ficile surtout quand les circonstances de fait précèdent de très peu l'accident.

La Cour de Cassation croit que le futur acquéreur accepte tacitement le risque en prenant part à l'essai. Il y aurait une sorte de convention tacite de non responsabilité entre les parties ; cela ne nous paraît pas reposer sur la volonté du futur acheteur qui participe à l'essai. Ne pourrait-on pas dire plutôt que le vendeur, le plus souvent professionnel dans la matière, garantit à celui qui monte dans sa voiture, au moins d'une façon tacite qu'il n'y aura pas d'accident et qu'il en prend toute responsabilité sauf pour les cas d'exonération prévus par la loi, comme la force majeure par exemple ? Cela semble aussi logique que la présomption d'une acceptation tacite du risque et pratiquement cela engagerait les personnes faisant des essais à une très grande prudence. La notion de responsabilité précontractuelle ayant à sa base une convention tacite de responsabilité pourrait intervenir ici très utilement.

§ 3. — *Accidents ayant une cause autre que les essais en vue de la vente de la voiture*

130. — Passons aux accidents pouvant avoir lieu pendant des transports préparatoires d'un contrat, autre que les essais pour une vente. Il peut s'agir de transports ayant pour but de faire des essais d'automobiles ou motocyclettes pour des raisons autres que leur vente immédiate. Ainsi avant d'engager un vendeur ou un mécanicien dans ses services, une maison de vente lui fait faire un essai. Ou c'est un coureur qui doit représenter la marque d'une maison qui, avant de s'engager dans les services de la maison, veut faire l'essai de la voiture.

Ou bien c'est un mécanicien qui doit en faire la réparation qui monte avec le propriétaire, dans la voiture pour se rendre compte de l'état de celle-ci. La Jurisprudence sur ce point est assez constante, c'est-à-dire dans le même sens que l'arrêt de la chambre civile du 7 janv. 1929 avec lequel nous n'avons pas été tout-à-fait d'accord, mais dans les cas que nous envisageons maintenant la solution se comprend mieux. Nous avons un arrêt très récent de la Cour de Montpellier du 19 janv. 1931 (D. Hebd. 1931, 188). Avant de représenter la marque de la voiture une personne monte dans la voiture d'une autre pour participer à un essai de vitesse. Un accident arrive. La Cour de Montpellier refuse d'appliquer l'art. 1384. Ayant participé gratuitement sciemment et activement à l'usage de l'auto, elle ne peut invoquer la présomption de l'art. 1384. Le futur représentant de la marque a donc accepté tacitement les risques d'une conduite audacieuse et sportive, la seule responsabilité qui peut peser sur le propriétaire de la voiture est celle de l'art. 1382, C. Civ.

Nous comprenons cette solution plus facilement que celle de l'arrêt de la Chambre civile. Ici en effet, on peut parler de l'acceptation tacite du risque pour des raisons professionnelles. Nous croyons que cette solution est à généraliser toutes les fois qu'il s'agit d'un essai à but professionnel ou sportif, donc pour le cas du vendeur futur de la marque et du mécanicien, qui durant tout l'exercice de leur profession, sont exposés à ce risque. Evidemment pendant l'exercice de leur métier, ils seront le plus souvent garantis par la loi de 1898 sur les accidents du travail, on ne peut pas dire autant de cet essai qu'ils font avant d'avoir obtenu leur contrat de travail, mais c'est ici une question différente de celle du travail à l'essai sur laquelle nous reviendrons bientôt.

131. — Le transport peut avoir un but différent de celui de faire l'essai du moyen de transport. Ainsi dans l'intérêt de la conclusion d'un contrat quelconque on emmène son futur cocontractant dans sa voiture. Le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne a jugé le 30 mai 1930 (Revue générale des assurances terrestres 1930, p. 1147) l'espèce suivante : Un négociant de meubles demande à un ébéniste de l'accompagner dans son automobile pour recevoir une livraison de meubles. En cours de route, le négociant cause un accident et l'ébéniste est blessé. Le jugement admet qu'il s'est formé entre les parties une convention *sui generis*, comportant notamment l'obligation pour le négociant de ramener l'ébéniste sain et sauf. Il n'y a pas transport bénévole, car c'est dans l'intérêt du transporteur ou des deux parties que ce transport s'est effectué. Ce jugement tient davantage compte des nécessités de la vie pratique que l'arrêt de la chambre civile qui a déclaré qu'il y avait dans une situation, analogue — essai pour vente, un transport bénévole.

Le Tribunal du Havre a jugé une affaire du même genre le 30 nov. 1930 (Recueil de Rouen 1931, p. 22) déclarant qu'une personne qui emmène une autre dans sa voiture pour lui faire donner des explications, et ceci dans l'intérêt personnel du propriétaire de la voiture est responsable pour l'accident qui peut arriver à l'occupant de la voiture, en vertu de l'art. 138, al. 1<sup>er</sup>. Ce jugement ne prétend pas que l'art. 1384 établit une présomption qui protège seulement ceux qui se trouvent à l'extérieur de la voiture et il en fait application. Nous croyons qu'une meilleure solution aurait été l'application de la notion de transport à titre onéreux comme dans l'espèce

précédente, car il s'agit d'un transport qui est effectué dans l'intérêt du transporteur.

## CHAPITRE II.

### DES AUTRES ACCIDENTS QUI PEUVENT AVOIR LIEU PENDANT LA PRÉPARATION D'UN CONTRAT.

132. — Nous avons vu dans le chapitre précédent qu'un grand nombre d'accidents ayant lieu au cours de la préparation d'un contrat se rattachent à la notion de transport. Mais il y a de nombreuses hypothèses où l'accident survient au cours de la préparation d'un contrat sans qu'il s'agisse d'un déplacement dans un moyen de transport dangereux.

Il est possible que, pendant les pourparlers pour un contrat de vente par exemple, on veuille voir l'objet du futur contrat et qu'au cours de cette démonstration une des parties soit blessée. Ou bien au cours des pourparlers pour un contrat on est obligé de visiter des immeubles qu'on désire acheter ou louer et au cours de cette visite le futur contractant, tombe, se blesse, etc. Finalement, et ceci est particulièrement intéressant à cause d'une Jurisprudence assez critiquable, un accident peut survenir à un ouvrier au cours d'un travail à l'essai qu'il effectue en vue d'obtenir son engagement.

Nous allons traiter dans trois paragraphes de ces différentes questions pratiques.

#### § 1<sup>er</sup>. — *Accidents causés par des objets mobiliers.*

133. — Dans la première partie de cette thèse, nous avons montré des cas où au cours des pourparlers pour

une vente des accidents sont arrivés aux futurs acheteurs et où la Jurisprudence allemande a appliqué les règles de la responsabilité contractuelle assimilant les pourparlers sérieux en vue d'une vente, au contrat lui-même. Prenons quelques hypothèses de ce genre. Au cours d'une démonstration d'un objet à vendre, le futur acheteur est blessé, il peut s'agir d'un objet qui en lui-même n'est pas trop dangereux, une armoire par exemple qui tombe sur l'acheteur éventuel, ou bien ce sont des objets qui peuvent causer des dégâts par leur qualité explosive. C'est l'acheteur lui-même qui par un attouchement de l'objet provoque l'explosion dont il est victime.

La vente des choses dangereuses comporte une obligation de garantie, mais c'est la garantie inhérente au contrat de vente déjà conclu, on ne peut pas parler d'une vente lorsqu'on se fait montrer l'objet qu'on désire acheter. Peut-on faire produire aux pourparlers en vue d'un contrat les mêmes effets qu'au contrat conclu. C'est toujours la même question à laquelle il est fort difficile de répondre dans cette hypothèse par l'affirmative. Le Tribunal d'Empire cependant a répondu de cette façon. La Jurisprudence française répondrait sûrement par la négative et cela pour des raisons très simples. Les Tribunaux français ont à leur disposition un texte d'interprétation facile : l'art. 1384 al. 1<sup>er</sup> qui fait défaut dans l'arsenal législatif allemand qui ne connaît que des textes spéciaux de réglementation pour des cas déterminés (accidents de chemins de fer, automobiles, bâtiments, etc). Le Tribunal d'Empire a été obligé pour des raisons d'équité sociale de renverser la charge de la preuve sur le vendeur qui tire profit de ses objets à vendre. En droit positif français il n'est pas nécessaire

de faire jouer la responsabilité contractuelle. Par l'application de l'art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, on arrive à accorder à la victime de l'accident une indemnité sans qu'elle ait besoin de faire la preuve si délicate de la faute de l'autre partie.

134. — L'évolution de la Jurisprudence française quant à l'interprétation de l'art. 1384 al. 1<sup>er</sup>, a été des plus heureuses, il est inutile de la retracer dans cette thèse. Le principe directeur est nettement exprimé dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 19 Janvier 1914 (S. 1914.1.128 et D. 1914.1.303). Il s'agit dans l'espèce d'un simple siphon d'eau de seltz qui par son explosion blesse un client à la terrasse d'un café. Le propriétaire est rendu responsable de l'accident en vertu de l'art. 1384 al. 1<sup>er</sup>. « Aux termes de l'art. 1384, on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par les choses que l'on a sous sa garde. Cette disposition de la loi implique, au regard du gardien de la chose, une présomption de faute qui ne peut être détruite que si celui-ci fait la preuve que l'accident a eu pour cause un cas fortuit ou de force majeure ou la faute de la victime ». Ceci est très net et simple et nous en ferons application dans le domaine de la préparation des contrats.

Toutes les fois qu'une chose qui forme l'objet d'un contrat éventuel cause un accident à l'amateur qui se fait faire une démonstration ou aux personnes qui l'accompagnent, le propriétaire actuel qui fait la démonstration lui-même, ou par son préposé, en a la garde et la responsabilité. La victime de l'accident ne doit prouver que les faits matériels de l'accident et le dommage qu'elle a éprouvé. Le propriétaire de la chose ne

pourrait s'exonérer que dans les trois cas limitativement énumérés dans l'arrêt : la force majeure, le cas fortuit et la faute de la victime. Il lui est impossible notamment de faire la preuve qu'il n'a commis aucune faute, qu'il a été prudent, car cela serait faire une preuve négative qui ne peut pas avoir la certitude des trois possibilités d'exonération. L'arrêt des Chambres réunies du 13 fév. 1930 adopte entièrement la doctrine de l'arrêt de 1914 et n'admet lui aussi que les trois cas d'exonération dont la preuve reste à la charge de gardien de la chose à savoir le cas fortuit, la force majeure et la faute de la victime. Cette dernière est particulièrement intéressante pour le point que nous envisageons. Comment le gardien de la chose exhibée en vue d'un contrat pourrait-il alléguer que la victime a commis une faute ? C'est une question de fait assez délicate. Faisant la démonstration d'une chose dangereuse, explosive, par exemple, il attire l'attention de l'amateur pour qu'il ne touche pas l'objet à un certain endroit, celui-ci le fait cependant et se blesse ; devant s'absenter pour un moment le vendeur avertit les amateurs qu'il y aurait danger à manipuler l'objet pendant son absence, les amateurs ne se conforment pas à ses conseils et l'accident arrive. Voilà des cas où pour l'hypothèse que nous envisageons, on pourrait parler d'une faute de la victime et encore avec une certaine réserve, tout dépend des circonstances de fait, le plus souvent cette imprudence de la victime pourra permettre au gardien de la chose de faire atténuer la charge de la responsabilité dont une partie doit être supportée par la victime. Cette solution pour le cas d'un accident causé par une chose dont on prépare la vente est conforme à l'interprétation commune de l'article 1384, al. 1<sup>er</sup> et commode dans son application.

Peut-être y aurait-il lieu de voir dans la participation du futur acheteur aux essais en vue de la vente d'une chose très dangereuse une acceptation partielle tacite du risque des accidents possibles, tel serait le cas pour les essais en vue d'une livraison de munitions.

136. — Nous l'étendons volontiers à tous les cas similaires où il s'agit d'un accident provoqué par un objet mobilier exhibé ou essayé en vue d'un contrat.

Tel est le cas de la machine qu'on essaie en vue de sa location, machine à vapeur, machine agricole, etc. Telle serait la solution à adopter lorsqu'on confie un objet dangereux à un futur dépositaire, par exemple l'explosion du moteur d'une automobile qu'on a introduite dans un garage en vue de la laisser là en dépôt. Pour ce dernier cas la faute de la victime sera plus facile à prouver, vu ses connaissances spéciales du danger.

La pratique nous montre souvent des accidents de ce genre, survenant au cours de la préparation de n'importe quel contrat, nous croyons qu'en principe, on peut résoudre la difficulté par l'application exacte de l'article 1384, al. 1<sup>er</sup> telle qu'elle est admise aujourd'hui.

§ 2. — *Accidents ayant lieu pendant la visite d'un immeuble.*

Les accidents au cours de la préparation d'un contrat peuvent survenir au moment de la visite d'un immeuble, maison ou terrain, qui forme l'objet du futur contrat, ou même sans que le but principal de la visite de l'immeuble soit l'acquisition ou la location de celui-ci. Par exemple, en vue de la conclusion d'un contrat quelconque je pénètre dans l'immeuble de mon futur contrac-

tant, en vue de l'achat d'une voiture, je pénètre dans un garage, où je tombe dans un fossé, en vue d'une explication sur une affaire à conclure, je pénètre dans la maison d'une personne, où je tombe dans l'escalier mal éclairé.

La responsabilité en matière immobilière est régie par l'article 1386 du Code Civil ainsi conçu : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ». Ce texte établit une présomption de faute à l'encontre du propriétaire de l'immeuble semblable à celle qui est établie dans 1384, al. 1<sup>er</sup> vis-à-vis du gardien de la chose mobilière. Mais pour que cette responsabilité puisse jouer il faut montrer que l'accident est arrivé à la suite d'un défaut d'entretien ou de la ruine du bâtiment causée par un vice de construction.

A prendre ce texte au pied de la lettre il ne peut s'agir que d'un bâtiment, mais on est d'accord pour comprendre aujourd'hui par cette expression toutes les sortes d'immeubles comme les bâtiments proprement dits avec tous les accessoires (ascenseurs) les terrains à bâtir, les caves en un mot tout ce qui a un caractère immobilier et peut servir à une exploitation humaine. Partant de cette notion générale nous pouvons dire, que toutes les fois, qu'une personne pénètre dans l'immeuble d'une autre en vue de la préparation d'un contrat et y est victime d'un accident nous pouvons faire jouer la responsabilité objective de l'art. 1386.

Peu importe que cet accident arrive sur un champ, sur un terrain à bâtir, dans une cave, dans l'ascenseur, dans l'escalier ou dans une pièce de la maison, causé

par une chose qui ait le caractère immobilier, il oblige le propriétaire à réparation selon les règles de l'art. 1386, si la victime prouve que l'accident a sa cause principale dans un défaut d'entretien ou un vice de construction. Pour jouir du bénéfice de l'article 1386 il faut prouver au moins une de ces deux conditions. Ce qui est plus fréquent en pratique c'est le défaut d'entretien. On peut dire qu'il y a défaut d'entretien si le propriétaire actuel de l'immeuble ne veille pas à ce que son immeuble et ses accessoires soient dans un état suffisamment entretenu, pour que personne n'y puisse subir un dommage. Les applications pratiques de cette idée sont nombreuses, comme par exemple, l'obligation du propriétaire de munir l'ascenseur des dispositifs de sûreté les plus modernes, d'éclairer et entretenir en bon état les couloirs et l'escalier, de couvrir les fossés, etc.

138. — La Jurisprudence récente ne paraît plus faire de distinction entre les accidents provoqués par des choses mobilières et immobilières. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 Mars 1928 (D. 1928.1.97) admet qu'on fasse application de l'art. 1384 en matière d'accident d'ascenseur, le mot, « choses » du texte (1384 C. Civ.), visant aussi bien les meubles que les immeubles.

Ceci est très intéressant pour la victime de l'accident.

On peut dire qu'il y a en principe une responsabilité à la charge du propriétaire pour tous les accidents dont les victimes sont les personnes qui pénètrent dans un but sérieux, dans son immeuble, dont un défaut d'entretien est la cause de l'accident.

139. — Comme il s'agit d'une responsabilité à base tout à fait objective (vice de construction ou défaut d'entretien) on peut se demander si la faute de la victime

peut exonérer le propriétaire. Ainsi l'acheteur éventuel tombe dans un fossé, quoique la personne qui lui montre la propriété ait attiré son attention sur le danger qu'il y aurait à marcher du côté du fossé, qui n'est pas parfaitement couvert. En bonne logique du moment que l'obligation existe à la charge du propriétaire de couvrir le fossé, cette carence doit faire jouer sa responsabilité. Mais comme il peut s'agir d'une faute commune aux deux parties, le juge peut partager la responsabilité, allouant à la victime une indemnité plus modeste (en ce sens. Trib. Seine 8 Juin 1907, D. 1907.5.45).

§ 3. — *Des accidents ayant lieu au cours d'un travail à l'essai.*

140. — Des accidents peuvent arriver au cours des essais ayant lieu en vue de la conclusion d'un contrat de travail. La solution de ces cas paraît plus délicate car la Jurisprudence est assez contradictoire sur la notion de travail à l'essai. Il y a certaines usines et industries qui exigent des ouvriers qu'ils engagent, un essai afin de voir leur aptitude. La durée de cet essai varie selon les usages du métier. On cite ainsi comme essai particulièrement long, celui exigé par les fameuses usines d'optique Zeiss, où il dure un mois entier ; le plus souvent il s'agit de quelques journées de travail. Au point de vue juridique nous pouvons qualifier cet essai, un travail préparatoire en vue de la conclusion d'un contrat, l'ouvrier espérant obtenir un emploi, convaincre le patron à passer avec lui un contrat de travail définitif. Il est possible, qu'au cours de ce travail à l'essai un accident arrive dont l'ouvrier, le futur contractant au con-

trat de travail définitif, soit la victime. Il peut toujours obtenir une indemnité en faisant la preuve de la faute du patron, mais cela est fort difficile. D'ailleurs, comme il existe dans la matière des accidents du travail la loi importante du 9 Avril 1898, le problème paraît y trouver sa solution, comme tous les ouvriers victimes d'un accident au cours de leur travail, notre ouvrier aura son indemnité sans être obligé à prouver la faute du patron.

Malheureusement la Jurisprudence ne lui est pas favorable. Pour jouir du bénéfice de la loi du 9 avril 1898, il faut que la victime ait passé un contrat de travail (1) et la Jurisprudence se refuse de voir dans cet essai en vue d'être embauché un élément de contrat de travail.

141. — Le Tribunal de la Seine 6 Juin 1921 (Gaz Trib. 1921.2.648) a jugé l'espèce suivante :

Un accident arrive pendant un essai obligatoire de notre genre dans une usine (les usines Citroën), l'ouvrier veut obtenir une indemnité fondant sa demande sur la loi de 1898. Le Tribunal de la Seine pour lui donner gain de cause, attache plus d'importance au fait du travail qu'au contrat de travail définitif qu'il espérait obtenir et motive son jugement de la façon suivante :

a) la loi qui vise tous les accidents à l'occasion du travail ne fait aucune distinction, qui permette d'écarter les accidents dans la période d'essais, alors que ce travail exécuté sous la direction du chef de l'entreprise contribue au résultat de cette entreprise.

b) Il y a là un contrat de travail pour un jour, le jour d'essai, car l'ouvrier prend part au travail avec la faculté pour le patron de le congédier si le travail ne

---

(1) Voir sur ce point Sachet. Traité des accidents du travail, 7<sup>e</sup> édition. Paris 1926, Sirey éd., Tome I, Nos 184 et 317.

lui convenait pas, il y a là un contrat éphémère avec l'espoir pour l'ouvrier, qu'il sera renouvelé.

142. — Ces arguments assez ingénieux n'ont pas convaincu cependant la Cour de Paris qui dans son arrêt du 5 Fév. 1923 (Gaz. Trib 1923.2.293) donne tort à l'ouvrier. Dans l'espèce il s'agit d'une personne faisant un stage d'essai dans une compagnie de transport. Le stage fait par un ouvrier ou employé, à titre purement volontaire et gratuit ne constitue pas un contrat de travail : « Il n'existait entre elle et la Compagnie aucun contrat de louage des services. On ne saurait l'assimiler à un apprenti, l'apprenti même non rétribué est lié à son patron, par un contrat de travail. En l'espèce il n'en est pas ainsi, l'employé étant venu simplement et sans aucun engagement de part ni d'autre se mettre au courant du service ».

A notre avis cet arrêt est critiquable, car il met l'ouvrier et l'employé qui travaillent comme les autres, dans une situation tout à fait inférieure. Participant à l'œuvre de l'entreprise sous l'autorité du patron, il a droit pendant cette période préparatoire à la même protection que les autres. Si on analyse bien cette situation, comme l'a fait le Tribunal de la Seine, il y a là un contrat de travail à durée indéterminée si l'essai est rémunéré cela ne fait pas de doute et s'il ne l'est pas on peut dire qu'au fond la rémunération pour l'ouvrier existe du fait qu'il espère être embauché.

Le seul argument favorable à la non extension de la protection accordée par la loi de 1898 au travail à l'essai, au point de vue économique serait le suivant : Souvent ce travail à l'essai est improductif pour le patron, qui ne le fait exécuter que pour se rendre compte des

qualités de l'ouvrier. Mais c'est un argument qui n'est pas assez fort pour ne pas céder devant des considérations d'ordre social, car le législateur a voulu protéger le fait du travail et non pas créer une relation entre le profit tiré du travail et sa protection.

143. — La doctrine est en majorité favorable à la solution qui voit dans un travail à l'essai un travail pouvant être protégé par la loi de 1898 (1). Mais la Jurisprudence ne paraît pas l'être. Ainsi un jugement récent du Tribunal de la Seine du 21 Juin 1929 (Semaine juridique 1929, p. 1228) fait dépendre le sort de la période d'essai de la conclusion du contrat principal en ne lui accordant pas le régime du contrat de travail définitif si celui-ci n'est pas conclu finalement. La Cour de Cassation a cependant une tendance à considérer les périodes d'essai lorsqu'elles sont longues et rémunérées comme contrats de travail indépendants à durée déterminée.

Ainsi en matière de délai congé obligatoire établi par la loi du 19 Juillet 1928 la Chambre civile a rendu deux arrêts en ce sens ; l'un du 19 nov. 1929 (D. hebdomadaire. 1930.21) et l'autre cassant le jugement du Tribunal de la Seine du 21 Juin 1929, du 9 Déc. 1929 (Gaz. Pal. 1930.1311). Peut-être si la question des accidents pendant la période d'essais se présentait aujourd'hui devant la Cour de Cassation, elle lui appliquerait les règles du contrat de travail définitif, il y a des grandes chances et c'est une solution souhaitable pour des raisons d'équité sociale.

---

(1) Sachet, *op. cit.*, Tome I, n° 173

## CONCLUSION

---

144. — L'étude de la Jurisprudence dans notre matière nous permet de constater, qu'elle aussi, est favorable à un principe tendant à l'affirmation de l'existence d'une obligation de réparer les préjudices causés au cours de la préparation d'un contrat. Cette obligation qui nous a été affirmée par la majorité de la doctrine existe donc sur le terrain pratique, qu'il s'agisse de la réparation des pertes patrimoniales causées par la préparation d'un contrat ou bien de la réparation des accidents ayant eu lieu pendant cette période.

145. — Si la Jurisprudence et la Doctrine se rencontrent en grande partie sur le terrain de l'affirmation d'une obligation de ce genre, leur accord ne paraît plus aussi sûr si nous envisageons le fondement donné à cette obligation.

Dans la partie théorique de notre thèse, nous avons vu les différentes opinions émises, la plupart d'entre elles concluent à une responsabilité à base conventionnelle ou légale. La Jurisprudence au contraire fait résider cette obligation dans les articles 1382 et suivants, donnant à la responsabilité qu'elle affirme une base délictuelle. Si c'est la solution de principe, nous avons pu

constater que dans certaines hypothèses la Jurisprudence a appliqué, timidement il est vrai, des principes sortant du cadre de la responsabilité délictuelle pour entrer plutôt dans le cadre d'une responsabilité contractuelle ou légale.

Tel a été le cas pour le dépôt d'un objet en vue de la conclusion d'un contrat, le droit des architectes à une rémunération, le partage des frais en vue de la fondation d'une société, la réparation de certains accidents d'automobiles, l'enrichissement injuste. Pour fonder cette obligation précontractuelle sur la notion de faute la Jurisprudence française a pu utilement s'appuyer sur les quelques textes (1382, 1383, 1384, 1385 et 1386) du Code Civil dont l'interprétation heureuse permet de réparer la plupart des préjudices causés.

Les art. 1382 et 1383 qui connaissent aujourd'hui une interprétation des plus larges, surtout par l'application constante de la notion de l'abus des droits, faite par la Jurisprudence, permettent dans une large mesure d'indemniser la partie qui a eu des dépenses inutiles avec la préparation d'un contrat, qui n'a pas été finalement conclu. A la prétention, que, celui qui use de son droit de ne pas conclure un contrat ne commet pas de faute, on peut répondre aujourd'hui en alléguant qu'on ne doit pas abuser de l'exercice de ses droits, ni en faire un usage négligent. L'application de ces deux idées a permis, comme nous l'avons vu, dans bien des cas, d'accorder une indemnité même là où on ne pouvait pas distinguer une faute précise. Les articles 1384, 1385 et 1386 permettent, d'une façon très heureuse, d'arriver à la réparation des accidents ayant lieu pendant la préparation d'un contrat, la victime n'ayant pas le fardeau

lourd de la preuve de la faute comme dans le cas de 1382 et 1383. Qu'il s'agisse d'un accident causé par des animaux, par des choses mobilières ou par des immeubles, leur réparation paraît facile.

146. — Si ce système général adopté par la Jurisprudence, la recherche des sources de la responsabilité dans ces 5 articles du Code, donne aujourd'hui, il faut le reconnaître, des résultats heureux, il nous est cependant, impossible de passer sous silence les lacunes, que nous avons pu relever dans ce système d'apparence unitaire.

Ces grandes lacunes, hypothèses où la Jurisprudence ne peut pas nous fournir des solutions satisfaisantes dans son système de principe basé sur une responsabilité délictuelle, sont au nombre de trois.

D'abord la solution de principe en matière d'entreprise. L'entrepreneur ne peut pas, en principe réclamer une indemnité pour ses travaux et dépenses préparatoires. Atténué heureusement par la large interprétation de la notion de faute et dans des hypothèses par l'intervention de la notion d'enrichissement injuste, ce principe n'est pas fait pour nous satisfaire. La Jurisprudence fait une exception en faveur de l'architecte, exerçant une profession libérale, ses travaux préparatoires sont protégés par la responsabilité contractuelle du louage d'ouvrages. Ne pourrait-on pas étendre cette solution aux frais et travaux de l'entrepreneur qui a eu des dépenses à la suite des pourparlers sérieux, et spéciaux sur ce point ?

Ensuite nous avons pu constater une solution qui nous paraît également inéquitable, en matière d'essais pour la vente d'une automobile, lorsque l'amateur installé

dans la voiture en est la victime. Le seul moyen pour lui en vue d'obtenir une indemnité est son recours à l'article 1382 comportant la preuve de la faute, la Jurisprudence étant ferme sur ce point que la présomption de l'art. 1384, al. 1<sup>o</sup> s'applique aux accidents causés à des tiers et que l'essai pour l'acquisition d'une voiture constitue un transport bénévole. Cette solution également critiquable ne pourrait-elle pas céder devant une autre qui voit une responsabilité conventionnelle tacite à la charge du vendeur, qui au fond est rémunéré pour ce transport par l'espoir de vendre la voiture ?

Enfin, une solution particulièrement critiquable en matière d'accidents ayant lieu pendant un travail à l'essai, la jurisprudence ayant tendance à ne pas appliquer les règles de la loi du 9 Avril 1898 à ces accidents. Ici aussi l'intervention de la responsabilité contractuelle pourrait être très utile et donner une solution plus équitable et conforme aux exigences de la pratique.

147° Nous croyons que la Jurisprudence pourrait appliquer facilement la responsabilité à base contractuelle dans ces trois cas, surtout que, comme nous l'avons montré, il existe déjà d'autres cas, où pour accorder une indemnité elle ne s'est pas tenue rigide à l'application de la faute aux termes de 1382 et s. Cela pourrait porter une atteinte de plus, il est vrai, à son système assez unitaire, mais le rôle de la Jurisprudence n'est pas de créer des systèmes juridiques faisant l'admiration des savants logiciens du droit ; il est au contraire beaucoup plus important — Satisfaire le mieux possible aux exigences de la vie pratique —. Lorsque dans une matière comme la nôtre il n'existe aucun texte précis la Jurisprudence peut facilement puiser ses argu-

ments dans tout ce qui se trouve à sa disposition. Loin de prétendre qu'il faut complètement changer son système, nous voulons seulement qu'elle applique dans ces 3 cas une responsabilité différente de celle qu'elle applique toujours qu'elle applique la responsabilité contractuelle qui permet de combler ces lacunes. Ceci surtout parce que dans ces 3 hypothèses — comme dans beaucoup d'autres où elle l'applique par exception — l'application de la responsabilité contractuelle est en bon accord avec la logique. Nous avons vu dans la 1<sup>re</sup> partie de notre étude qu'une assez grande partie de la Doctrine était favorable à l'application d'une pareille idée. La jurisprudence pourrait s'y inspirer utilement pour remédier aux lacunes que nous venons de montrer dans son système basé en principe sur la responsabilité délictuelle et exceptionnellement, seulement sur un fondement de nature contractuelle.

148° L'étude de la doctrine et de la Jurisprudence nous permet maintenant d'arriver à une conclusion, conclusion qui manque peut-être de logique rigide, mais qui s'efforce de tenir compte des exigences de la vie des affaires.

Lorsqu'on peut résoudre les difficultés en appliquant des conventions existant entre les parties, les principes de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement injuste, la question des frais et travaux en vue de la préparation d'un contrat ou celle des accidents ayant eu lieu pendant cette période, y trouve facilement sa solution. C'est pour cette raison que nous conseillons aux parties qui entrent en pourparlers, de prévoir dès le début ces difficultés. Lorsqu'il n'y a rien de ce genre, aucune prévision expresse, les difficultés du problème commencent. A la

recherche d'une solution, nous nous devons adresser d'abord, et ceci est conforme à l'esprit du droit français, aux textes établis en matière de faute aquilienne et y puiser tous les arguments possibles pour arriver à la réparation du préjudice, que la préparation du contrat a occasionné. Donner à ces textes une interprétation large en s'inspirant de l'équité et surtout des besoins de la pratique, des répercussions économiques de la solution possible, nous paraît la meilleure ligne de conduite du juge.

Lorsqu'il est impossible de trouver dans l'application logique et sociale à la fois de ces textes une solution équitable nous croyons que les juges des faits peuvent sans hésitation essayer de trouver une base de réparation à fondement contractuel interprétant la volonté présumée des parties et ceci pour le cas où une pareille solution serait à la fois logique et d'utilité sociale, nous avons vu qu'il y a des cas de ce genre. S'il n'est possible de prouver les arguments, ni dans une direction ni dans l'autre, alors ces frais, ces dépenses, ces préjudices résultats d'accidents, doivent rester à la charge du demandeur, soit comme risque de la spéculation soit comme résultat de son imprudence.

Notre conclusion assez modérée se trouve en grande partie satisfaite par les solutions de la jurisprudence ; là où elle ne l'est pas, il n'y a pas de grandes difficultés pour les tribunaux de donner des solutions plus équitables.

149° Une dernière observation avant de finir.

Nous avons vu que dans les différentes théories proposées par la doctrine il y avait des opinions différentes

quant au montant de l'indemnité à accorder. Les uns prétendirent qu'il faut tenir compte à la fois de la perte effective et du gain manqué, les autres au contraire, n'admettaient que la réparation des dépenses faites dans l'intérêt commun des parties (Faggella par ex.). Ceci est une question assez délicate M. Morel (1) a bien vu ces difficultés et il a conclu ainsi : « Les personnes qui se voient opposer un refus de contracter, si on leur accorde le droit de réclamer pour le préjudice qu'ils subissent de ce fait, des dommages-intérêts pourraient être tentées de réclamer trop de ce chef. Pour calculer le montant de ces dommages-intérêts, il faut se tenir au fondement objectif du préjudice. Lorsqu'une personne refuse sans intérêt légitime d'entrer en pourparlers sa responsabilité résulte des avances qu'elle a faites au public ou à une certaine catégorie de personnes pour les inviter à rentrer en rapport avec elle. C'est seulement des dépenses, un dérangement coûteux à ceux qui en ont été l'objet qu'il y a lieu de calculer l'indemnité ».

L'étude de la jurisprudence nous a montré que pour le cas où elle accorde une indemnité, elle ne tient compte que du préjudice réel, la perte ou le dommage effectif subi par le demandeur, préjudice dont l'évaluation reste entièrement à l'appréciation des juges des faits. C'est une solution simple, l'évaluation d'un gain futur manqué paraît assez difficile. Aussi ne tient-elle pas compte du fait que les dépenses et travaux ont dû être faits dans l'intérêt commun des parties, que pour augmenter peut-être l'indemnité accordée.

150° Le problème de la préparation d'un contrat et

---

(1) MOREL (R.-L.). Du refus de contracter en raison de considérations personnelles paru dans Revue Trimestrielle 1908, p. 289 et ss. not. p. 308 à 311.

toutes les questions épineuses qu'elle soulève, est, comme nous l'avons vu dans cette étude, une matière où les juges des faits peuvent faire une œuvre positive créatrice. Jusqu'à présent en général la Jurisprudence a bien accompli son rôle dans cette matière sauf pour les cas que nous avons soulignés ; espérons que les nécessités pratiques convaincront les juges de remplacer ces solutions critiquables par des meilleures.

# BIBLIOGRAPHIE

---

## I. — Ouvrages Généraux et Traités

(Avec citations)

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit Civil Français, 5<sup>e</sup> Edition, T. IV., parag. 343.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Obligation, 3<sup>e</sup> Ed., T. I, n° 32, 45, T. IV, n° 2942.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Louage, 3<sup>e</sup> Ed., T. II, n° 3976, 3978, 3988, 3989.
- BEUDANT. — Contrats et Obligations, n° 82.
- COLIN et CAPITANT. — Cours Elémentaire de Droit Civil Français, 6<sup>e</sup> Ed., p. 271 à 272, 379 à 381.
- CUQ. — Institutions Juridiques des Romains, d. Ed. 1928, p. 490.
- DEMOGUE. — Traité des Obligations, Tome II, Tome IV, Tome V (n°s cités).
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, T. XXIV, n°s 65 et 66, T. XXXI, n° 639 *bis*.
- DERNBURG (Sokolowski). — Pandekten, 8<sup>e</sup> Ed., T. II, p. 557, note 8.
- GIRARD. — Manuel Elémentaire de Droit Romain, 8<sup>e</sup> Ed., p. 620.
- GUILLOUARD. — Le louage, 3<sup>e</sup> Ed., T. II, n°s 822, 826, 827.
- GUILLOUARD. — La vente, 2<sup>e</sup> Ed., T. I, n° 45.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité des Sociétés, 6<sup>e</sup> Ed., T. I, n° 611.
- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français, T. II, n°s 49, 470, 476, 622, 624.
- JOSSERAND. — Les Transports, 2<sup>e</sup> Ed., n°s 103 et 366.
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de Droit Commercial, 3<sup>e</sup> Ed., T. I, n° 793.
- LAROMBIÈRE. — Traité des Obligations. Nouv. Ed., T. I, n° 24.
- LAURENT. — Principes de Droit Civil, 3<sup>e</sup> Ed., T. XV, p. 554.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit Commercial, 5<sup>e</sup> Ed., T. III, n°s 15, 16.
- MAZEAUD (H. et L.). — Traité de la Responsabilité Civile, T. I, n° 116 à 121.

- PLANIOI et RIPERT. — Traité Élémentaire de Droit Civil, 11<sup>e</sup> Ed., T. II, n° 983.
- PLANIOI et RIPERT en coll. ESMEIN. — Traité Pratique (Les Obligations), T. VI, n° 133.
- POLLOK. — Principles of Contract, 5<sup>e</sup> Ed., p. 25.
- POTHIER. — Vente, Nouv. Ed., n° 32.
- RIPERT. — Droit Maritime, 3<sup>e</sup> Ed., T. II, n°s 1771 et ss.
- SACHET. — Traité des Accidents du Travail, 7<sup>e</sup> Ed., n°s 173, 184 et 317.
- THALLER et PERCEROU. — Traité Élémentaire de Droit Commercial, 8<sup>e</sup> Ed., n°s 500 à 504, 1000.
- THÖL. — Handelsrecht, 5<sup>e</sup> Ed., T. I. parag. 57.
- VIVANTE. — Traité de Droit Commercial trad., 3<sup>e</sup> Ed., T. IV, n°s 1546, 1548, T. I, n° 428.
- WINDSCHEID. — Pandekten, 9<sup>e</sup> Ed., T. II, parag. 367, note 5.

## II. — Ouvrages spéciaux, Thèses et articles.

- DEMOGUE. — Des Droits éventuels, 2 articles parus dans *Revue Trimestrielle* de 1905, p. 723, et de 1906, p. 281.
- DURAND. — Des Conventions d'irresponsabilité, Thèse, Paris 1931 (p. 294 à 302).
- FAGGELLA. — Dei Periodi precontractuali, paru dans *Studi Giuridici* in onore dei Carlo Fadda, T. III, p. 271 et ss.
- FISCHBACH. — Vorbereitende Rechtsverhältnisse, paru dans *Archiv für burg. Recht*, T. 41, p. 160 et ss.
- FREMY LIGNEVILLE et PERRIQUET. — Traité de la Législation des Bâtiments, 2<sup>e</sup> Ed., T. I, n°s 207 et 208.
- GENY (F). — Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899, p. 529 et ss.
- GIORGI. — Teoria della obbligazione, 4<sup>e</sup> Ed., T. III, n°s 225, 240.
- GIRAULT. — Traité des contrats par correspondance, Paris 1890, n° 106.
- HAURIQU. — Déclaration de volonté en droit administratif français, paru dans *Revue Trimestrielle* de 1903 (p. 561 en note).
- IHERING. — Œuvres choisies. Trad. française, Paris, T. II (De culpa in contrahendo), p. 1 et ss.
- LABBE. — Note sous Pau, 2 Juin 1880, au Sirey 1882,2,249.
- LALOU. — La responsabilité civile, Paris 1928, n°s 279, 438.
- LEDUC. — Les avant-contrats, Thèse, Paris 1909 (p. 31 à 42).
- LESCOT. — La période constitutive des personnes morales du droit privé, Thèse Dijon 1913 (p. 160 et ss.).

- LEVY (E.). — Responsabilité et contrat, dans *Revue Critique* de 1899, p. 375 et ss.
- LEVY (E.). — L'exercice du droit collectif, dans *Revue Trimestrielle* de 1903, p. 102, n° 9.
- MAZEAUD (L.). — Etude de la Responsabilité, dans *Revue Trimestrielle* de 1929, p. 551 et ss. (n°s 21, 22, 23, 28).
- MEIGNIÉ. — Responsabilité et contrat, Thèse, Lille 1924 (p. 133 et ss).
- MINVIELLE. — La profession d'architecte, Paris 1921 (p. 5 et ss., n° 125 et n° 368).
- MOREL. — Du refus de contracter en raison de considérations personnelles, dans *Revue Trimestrielle* 1908, p. 289 et ss.
- NIBOYET. — Questions sur la responsabilité, Cours de Doctorat 1930/1931, p. 93 à 98.
- PAPAZOL. — De l'offre et de l'acceptation, Thèse, Paris 1907 (p. 102 et ss.).
- PICARD (M.). — La gestion d'affaires dans la jurisprudence actuelle, paru dans *Revue Trimestrielle* de 1921, p. 240 et 1922, p. 1.
- RIPERT (E.). — La vente Commerciale, Paris 1875 (p. 33 à 39).
- ROTH. — Der Vorvertrag Bern 1928, p. 328 à 345.
- ROUAST. — Etude sur l'enrichissement sans cause, dans *Revue Trimestrielle* de 1922, p. 40 et ss.
- ROUBIER. — Etude sur la responsabilité précontractuelle, Thèse Lyon 1911 (pages citées).
- SALEILLES. — Théorie générale des Obligations d'après le Code Civil Allemand, 3<sup>e</sup> Ed., p. 169.
- SALEILLES. — Essai sur la responsabilité précontractuelle, *Revue Trimestrielle* 1907, p. 698 et ss.
- SCHEURL. — Vertragsabschluss unter Abwesenden, dans *Jahrbuch für Dogmatik* II, 1858, p. 248 et ss.
- THON. — Haftpflicht des Offerenten bei Wiederruf seiner Offerte, dans *Archiv für Ziv. Praxis*, T. 80, p. 94 et ss.
- TITULESCO. — Théorie Générale des droits éventuels, Thèse, Paris 1907 (p. 90 à 160).
- VALERY. — Des contrats par correspondance, Paris 1895, p. 179.



# TABLE DES MATIERES

---

|                                                                                                                                                                                                                   |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| INTRODUCTION .....                                                                                                                                                                                                | pages<br>9 |
| 1. La formation des contrats modernes. — 2. La période de préparation du contrat. — 3. Les questions d'ordre pratique, dépenses, travaux, accidents. — 4. Intérêt d'une étude spéciale. — 5. Plan d'ensemble..... |            |

## PREMIERE PARTIE

### ETUDE THEORIQUE

#### TITRE PREMIER

##### Définition du rapport juridique préparatoire et position du problème

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Les contrats et les différents frais qu'exige leur préparation</i> .....                                                                                                                                                                                                                          | 17 |
| 6. Les dépenses qu'exige la préparation des contrats. — 7. Les Dépenses de publicité. — 8. Les frais généraux des entreprises.                                                                                                                                                                                             |    |
| § 2. — <i>Les frais et actes préparatoires proprement dits.</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                      | 20 |
| 9. Plan. — 10. Exemples d'accidents qui arrivent au cours de la préparation d'un contrat.                                                                                                                                                                                                                                  |    |
| § 3. — <i>Les rapports préparatoires et l'avant-contrat</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                          | 24 |
| 11. La notion juridique de l'avant-contrat. — 12. La différence entre l'acte préparatoire et l'avant-contrat.                                                                                                                                                                                                              |    |
| § 4. — <i>Les rapports préparatoires et les problèmes relatifs à l'exécution des contrats</i> .....                                                                                                                                                                                                                        | 28 |
| 13. Comparaison d'accidents arrivant pendant la préparation et pendant l'exécution d'un contrat.                                                                                                                                                                                                                           |    |
| § 5. — <i>Définition du rapport préparatoire et position pratique du problème</i> .....                                                                                                                                                                                                                                    | 31 |
| 14. Difficultés d'une définition précise. — 15. Exemples d'actes préparatoires en matière de vente et louage. — 16. En matière d'opérations de crédit. — 17. En matière de fondation de société. — 18. Contrats se rapprochant du mandat, louage d'ouvrage et travail. — 19. Définition du rapport juridique préparatoire. |    |

TITRE II

**L'obligation qui naît au cours de la préparation  
d'un contrat, son fondement, sa nature juridique  
et ses effets possibles**

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE 1 <sup>er</sup> . — L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE .....                                                                                                                                                                                                                     | 37 |
| 20. Nécessité de dégager une idée directrice.                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
| SECTION I. — <i>L'obligation naît d'une stipulation expresse des parties</i> .....                                                                                                                                                                                                                   | 37 |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Les parties prévoient les frais et travaux en vue de la préparation d'un contrat</i> .....                                                                                                                                                                                  | 37 |
| 21. Exemples de conventions de ce genre. — 22. Conventions préliminaires ayant la nature d'un mandat. — 23. Intervention de la gestion d'affaires et de l'enrichissement injuste. — 24. Conventions de non-responsabilité. — 25. La validité de ces conventions de non-responsabilité.               |    |
| § 2. — <i>Les parties prévoient les accidents qui peuvent avoir lieu au cours de la préparation d'un contrat</i> ...                                                                                                                                                                                 | 44 |
| 26. Conventions prévoyant la réparation des accidents ayant lieu au cours de la période précontractuelle. — 27. Clauses tendant à la non responsabilité pour ces accidents, discussion sur leur validité, Problème spécial des conventions concernant les accidents au cours d'un travail à l'essai. |    |
| SECTION II. — <i>Absence d'une stipulation expresse de responsabilité ou non responsabilité</i> .....                                                                                                                                                                                                | 49 |
| 28. Les difficultés du problème.                                                                                                                                                                                                                                                                     |    |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Le mécanisme de la formation des contrats, Etude spéciale de l'offre et de l'acceptation</i> .....                                                                                                                                                                          | 50 |
| 29. L'offre de contracter. — 30. L'acceptation.                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
| § 2. — <i>L'offre accompagnée d'un délai pour réfléchir</i> ....                                                                                                                                                                                                                                     | 54 |
| 31. La force obligatoire du délai de réflexion accordé dans l'offre. — 33. Position différente du problème en droit anglais.                                                                                                                                                                         |    |
| § 3. — <i>L'offre qui ne contient pas de stipulation de délai</i> ..                                                                                                                                                                                                                                 | 57 |
| 33. Une doctrine puissante voit dans toute offre entr'absents un délai tacite de réflexion. — 34. Solution du code civ. allemand et code de com. hongrois. — 35. Doctrine de Demolombe, Lyon-Caen et Renault.                                                                                        |    |
| § 4. — <i>Les pourparlers peuvent-ils engager la responsabilité des parties</i> .....                                                                                                                                                                                                                | 60 |
| 36. <i>Solution étrangère</i> , Code civil allemand, Code de commerce Italien. — 37. Code de com. roumain. — 38. Discussions doctrinales. Pothier, Demolombe, Ripert (E), Laurent. — 39. Ihering, Dernburg, Baudry-Lacantinerie et Barde. — 40. Thon, Roth, apprécia-                                |    |

tions critiques. — 41. Planiol-Ripert et Esmein. — 42. La jurisprudence en matière de pollicitation collective. — 43. Conclusion tendant à l'affirmation d'une obligation existant dans l'offre.

|                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE II. — LE FONDEMENT ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE, SES EFFETS POSSIBLES .....                                                                               | 70  |
| 54. Recherche d'un fondement théorique et d'un point de départ directeur, plan.                                                                                                               |     |
| SECTION I. — <i>Les théories accordant à la responsabilité précontractuelle un caractère conventionnel</i> .....                                                                              | 72  |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Théories à base contractuelle pure</i> .....                                                                                                                         | 72  |
| 45. La culpa in contrahendo de Ihering, l'intérêt de cette théorie. — 46. Labbé. — 47. Aubry et Rau, critique Saleilles.                                                                      |     |
| § 2. — <i>Théories à base contractuelle spéciale et quasi contractuelle</i> .....                                                                                                             | 76  |
| 48. Scheurl et la théorie du mandat. — 49. Thon et la gestion d'affaires. — 50. L'enrichissement injuste.                                                                                     |     |
| § 3. — <i>Théories appliquant la notion de convention tacite</i> . ..                                                                                                                         | 81  |
| 51. Demolombe, Demogue, Planiol et Ripert. — 52. Larombière.                                                                                                                                  |     |
| § 4. — <i>Théories qui prennent une déclaration unilatérale de volonté comme point de départ</i> .....                                                                                        | 85  |
| 53. Colin et Capitant, Bouteron et Lacour. — 54. Critique.                                                                                                                                    |     |
| SECTION II. — <i>Théories qui accordent à la responsabilité précontractuelle un caractère délictuel</i> .....                                                                                 | 88  |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Fondement délictuel pur et simple</i> .....                                                                                                                          | 89  |
| 55. Position du problème, intérêts d'une théorie pareille. — 56. Planiol, Ripert et Esmein. Mazeaud, Meignié. — 57. Lalou, Niboyet. — 58. Critique.                                           |     |
| § 2. — <i>L'abus des droits comme fondement théorique</i> ....                                                                                                                                | 94  |
| 59. Jossierand, Roubier.                                                                                                                                                                      |     |
| SECTION III. — <i>La source de la responsabilité contractuelle se trouverait dans la notion de bonne foi, équité et serait consacrée par les usages</i> .....                                 | 96  |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>La responsabilité a fondement d'équité et de bonne foi</i> .....                                                                                                     | 96  |
| 60. Présentation du problème. — 61. Pothier, Thöl, Vivante. — 62. Gény, E. Lévy. — 63 Critique, Faggella, Roubier. — 64. Hauriou, Windscheid, critique, Thon. — 65. Considérations générales. |     |
| § 2. — <i>La responsabilité consacrée par les usages du commerce</i> .....                                                                                                                    | 103 |
| 66. Valéry, Girault, Lyon-Caen et Renault. — 67. Rôle des usages ; critique.                                                                                                                  |     |

|                                                                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION IV. — <i>Responsabilité précontractuelle sui generis, Théorie de Faggella</i> .....                                                                                                     | 107 |
| 68. Les phases de la préparation d'un contrat. — 69. La phase de la détermination possible. — 70. Analyse de la proposition de contracter. — 71. Critique Sailleilles. — Conclusion provisoire. |     |

## DEUXIEME PARTIE

### ETUDE PRATIQUE

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 73. Plan général de cette partie ..... | 113 |
|----------------------------------------|-----|

#### TITRE PREMIER

#### **Des pertes patrimoniales que la préparation d'un contrat peut occasionner aux parties**

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 73 bis. Position du problème. La rupture des fiançailles.                                                                                                                                                                                                                                      | 114 |
| CHAPITRE I. — LA VENTE ET MARCHÉS ANALOGUES .....                                                                                                                                                                                                                                              | 115 |
| 74. Les frais de préparation d'une vente, la vente à l'essai.                                                                                                                                                                                                                                  |     |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Des frais inutilement occasionnés par la préparation d'une vente ou d'un marché analogue</i> .....                                                                                                                                                                    | 116 |
| 75. Les essais et expertises. — 76. Des déplacements à la suite d'une annonce de vente.                                                                                                                                                                                                        |     |
| § 2. — <i>De la perte d'un objet déposé en vue d'un contrat</i> ..                                                                                                                                                                                                                             | 120 |
| 77. Du risque de la perte en droit commun. — 78. Envoi d'un objet en vue d'une vente. — 79. Dépôt d'un objet en vue d'un contrat. — 80. Essai d'un animal. — 81. Considérations générales. La jurisprudence applique la responsabilité délictuelle mais aussi la responsabilité contractuelle. |     |
| CHAPITRE II. — L'ENTREPRISE ET LE LOUAGE D'OUVRAGES ....                                                                                                                                                                                                                                       | 125 |
| 82. Position du problème, nécessités de pourparlers.                                                                                                                                                                                                                                           |     |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Droit des architectes à une rémunération pour leur travail préparatoire à un contrat</i> .....                                                                                                                                                                        | 126 |
| 83. Jurisprudence favorable aux architectes. — 84. Discussion sur le montant de leurs honoraires.                                                                                                                                                                                              |     |
| § 2. — <i>Les entrepreneurs n'ont droit à aucune rémunération pour leurs travaux de préparation d'un contrat</i> .....                                                                                                                                                                         | 129 |
| 85. La jurisprudence défavorable aux entrepreneurs. — 86. Exemple très intéressant. — 87. Essai de justifier la différence entre les architectes et entrepreneurs. — 88. Critique au point de vue pratique.                                                                                    |     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 3. — <i>Cas exceptionnels où la Jurisprudence refuse une rémunération aux architectes et artistes</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 134 |
| 89. Travaux en vue de l'obtention d'un emploi. — 90. Travaux en vue d'un concours. — 91. Caractère aléatoire des travaux.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |     |
| § 4. — <i>Cas spéciaux où la Jurisprudence accorde une rémunération aux entrepreneurs</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 136 |
| 92. L'entrepreneur faisant fonction d'architecte. — 93. Travaux faits en vue d'une adjudication. — 94. Faute de la personne qui est entrée en pourparlers avec l'entrepreneur. — 95. Faute et enrichissement injustes, utilisation des plans et devis. — 96. Utilisation des plans et échantillons déposés, application des règles du dépôt. — 97. Jurisprudence allemande. — 98. Enrichissement sans faute. — 99. Conclusion — extension des principes posés à toutes les professions libérales et commerciales. |     |
| CHAPITRE III. — DES CAS QUI PEUVENT SE PRÉSENTER AU COURS DE LA PRÉPARATION D'AUTRES CONTRATS ....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 144 |
| 100. Plan.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
| § 1 <sup>er</sup> . — <i>Des relations commerciales en général</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 145 |
| 101. Position du problème. — 102. Frais de publicité en vue de la continuation des relations commerciales.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
| § 2. — <i>Du contrat de louage</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 148 |
| 103. Déplacements à la suite d'une annonce. — 104. Frais d'aménagement.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |     |
| § 3. — <i>Des opérations de crédits</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 149 |
| 105. Emprunts ayant besoin d'autorisation. — 106. Frais en vue d'un dépôt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
| § 4. — <i>Le contrat de travail</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 151 |
| 107. Déplacements à la suite d'une annonce.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
| § 5. — <i>La préparation d'un contrat de société</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 152 |
| 108. Position du problème. — 109. Création d'une société de personnes. — 110. Création d'une société par actions. — 111. Doctrine appliquant la notion de la gestion d'affaires. — 112. Doctrine laissant les frais à la charge des fondateurs. — 113. Adoption de ce dernier point, répartition des frais entre les fondateurs.                                                                                                                                                                                  |     |

## TITRE II

### Les accidents qui peuvent avoir lieu pendant la préparation d'un contrat.

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 115. Plan et position du problème .....                                                      | 157 |
| CHAPITRE I. — DES ACCIDENTS AYANT LIEU PENDANT DES TRANSPORTS PRÉPARATOIRES AU CONTRAT ..... | 158 |
| 115. Plan.                                                                                   |     |

SECTION I. — *Accident causé au cours de l'essai d'un animal.* 158

116. L'interprétation de l'art. 1385 C. civ. — 117. Discussion sur la jurisprudence. — 118. La notion de surveillance et garde. — 119. Jurisprudence canadienne - partageant la charge de la responsabilité.

SECTION II. — *Accident d'une voiture automobile* ..... 162

120. Plan.

§ 1<sup>er</sup>. — (*Essai pour la vente*) *La victime de l'accident est un tiers* ..... 163

121. L'amateur muni d'un permis de conduire cause l'accident. — 122. L'amateur n'a pas de permis de conduire. — 123. Intervention des raisons d'ordre professionnel pour laisser la responsabilité à la charge du propriétaire. — 124. Jurisprudence canadienne, conclusion de principe. — 125. Cas exceptionnel où pour des raisons professionnelles le propriétaire est déchargé de la responsabilité.

§ 2. — (*Essai pour la vente*) *Une des parties (l'amateur) est victime de l'accident* ..... 166

126. Application de la théorie du transport bénévole. — 127. Motifs de la Cour suprême, critique. — 128. Comparaison avec la jurisprudence en matière de transport gratuit en apparence. — 129. La responsabilité contractuelle pourrait servir utilement comme base de réparation.

§ 3. — *Accidents ayant une cause autre que les essais, en vue de la vente de la voiture* ..... 171

130. Essais d'automobiles ou motocyclettes en vue de représentation de la marque, essais de vitesse. — 131. Transports en vue de la conclusion d'un autre contrat, transports d'affaires.

CHAPITRE II. — DES AUTRES ACCIDENTS QUI PEUVENT AVOIR LIEU PENDANT LA PRÉPARATION D'UN CONTRAT ..... 174

132. Plan.

§ 1<sup>er</sup>. — *Accidents causés par des objets mobiliers* ..... 174

133. Essais en vue de la vente d'une chose dangereuse, accidents au cours des essais. — 134. L'application de l'art. 1384, al. 1. — 135. Les possibilités d'exonération pour le propriétaire de la chose. — 136. Conclusion de principe.

§ 2. — *Accidents ayant lieu pendant la visite d'un immeuble.* 178

137. Interprétation de l'art. 1386. — 138. La Jurisprudence récente admet l'application de l'art. 1384, al. 1, responsabilité à la charge du propriétaire vis-à-vis de toutes les personnes qui pénètrent dans son immeuble.

§ 3. — *Des accidents ayant lieu au cours d'un travail à essai* ..... 181

140. Position du problème et son intérêt particulier. — 141. Application de la loi de 1898 par le Tribunal de la Seine. — 142. Doctrine contraire de la Cour de Paris, critique. — 143. La doctrine est favorable à l'application de la loi de 1898, la Cour de Cassation paraît adopter ce dernier point de vue.

CONCLUSION ..... 185

144. On peut dégager de l'étude de la Jurisprudence une obligation précontractuelle. — 145. La jurisprudence et la Doctrine ne sont pas toujours d'accord sur le fondement de cette obligation, mais le système de la jurisprudence est satisfaisant en général. — 146. Les lacunes du système jurisprudentiel français. — 147. Remèdes qu'elle pourrait apporter à son système. — 148. Théorie proposée. — 149. La Jurisprudence et la question du montant de l'indemnité. — 150. Conclusion finale.

BIBLIOGRAPHIE ..... 195

VU : *Le Président,*  
R. DEMOGUE.

VU : *Le Doyen,*  
H. BERTHÉLÉMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :  
*Le Recteur de l'Académie de Paris,*  
S. CHARLÉTY.





